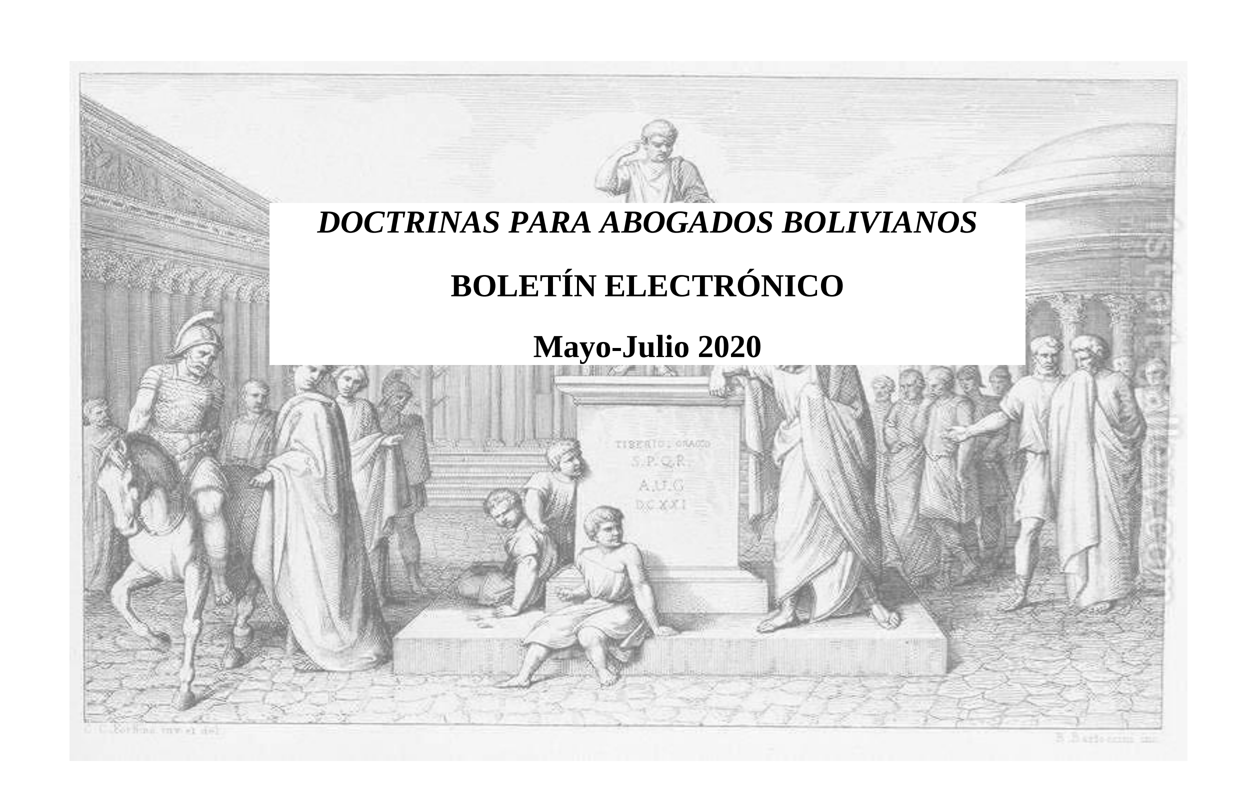


DOCTRINAS PARA ABOGADOS BOLIVIANOS

BOLETÍN ELECTRÓNICO

Mayo-Julio 2020



BOLETÍN ELECTRÓNICO DOCTRINAS PARA ABOGADOS BOLIVIANOS

MAYO – JULIO 2020 Nº1

Instituto de Estudios Internacionales Francisco Pizarro #683 casi Av. D'Orbigny -17.3882625,-66.17372 Ciudad Cochabamba, Cochabamba- Bolivia.

Teléfonos: +591 (4) 4407432
+591 65368706

Página web del boletín: https://ideibolivia.wixsite.com/doctrinaparabogados
E-mail: ideibolivia@gmail.com

COMITÉ EDITORIAL

Verba volant, scripta manent

Las palabras vuelan, los escritos quedan

Tito Cayo

INDICE

Persistimos en la publicación del Boletín "Doctrinas para Abogados Bolivianos"

Escribo esta presentación preso de una ansiedad que no logro atenuar, pues existiendo en medio de una pandemia atemorizante y en un ambiente de creciente frustración y distanciamiento mal llamado "social" pues es material, asumiendo que la crisis por el distanciamiento social real, está creciendo sin que la podamos avizorar con claridad, pero uno de sus síntomas y quizá escenarios de desastre, se halla en el precario funcionamiento de las instituciones y dispositivos del estado y la sociedad que tienen que ver con el estado de derecho, notoriamente de los órganos del mismo, en especial el judicial y su entorno, seguramente el reflejo de tiempos pasados y las necesidades de supervivencia, hacen que exista la expectativa del retorno a una "normalidad" perdida.

Un pequeño núcleo de personas interesadas en los conceptos jurídico/políticos en el entorno del Instituto de Estudios Internacionales de Bolivia (IDEI), mantiene la esperanza en la necesidad de ser el referente de un pensamiento fresco, que permita plantear ideas desde el núcleo de la tormenta, pese a tener un escenario totalmente adverso, porque perdimos nuestra capacidad de sostener una oficina, personal, un alojamiento de nuestro sitio web y entorno necesario y solo nos sostiene el espíritu de equipo y la búsqueda de respuestas comunes a muchas necesidades sociales y profesionales.

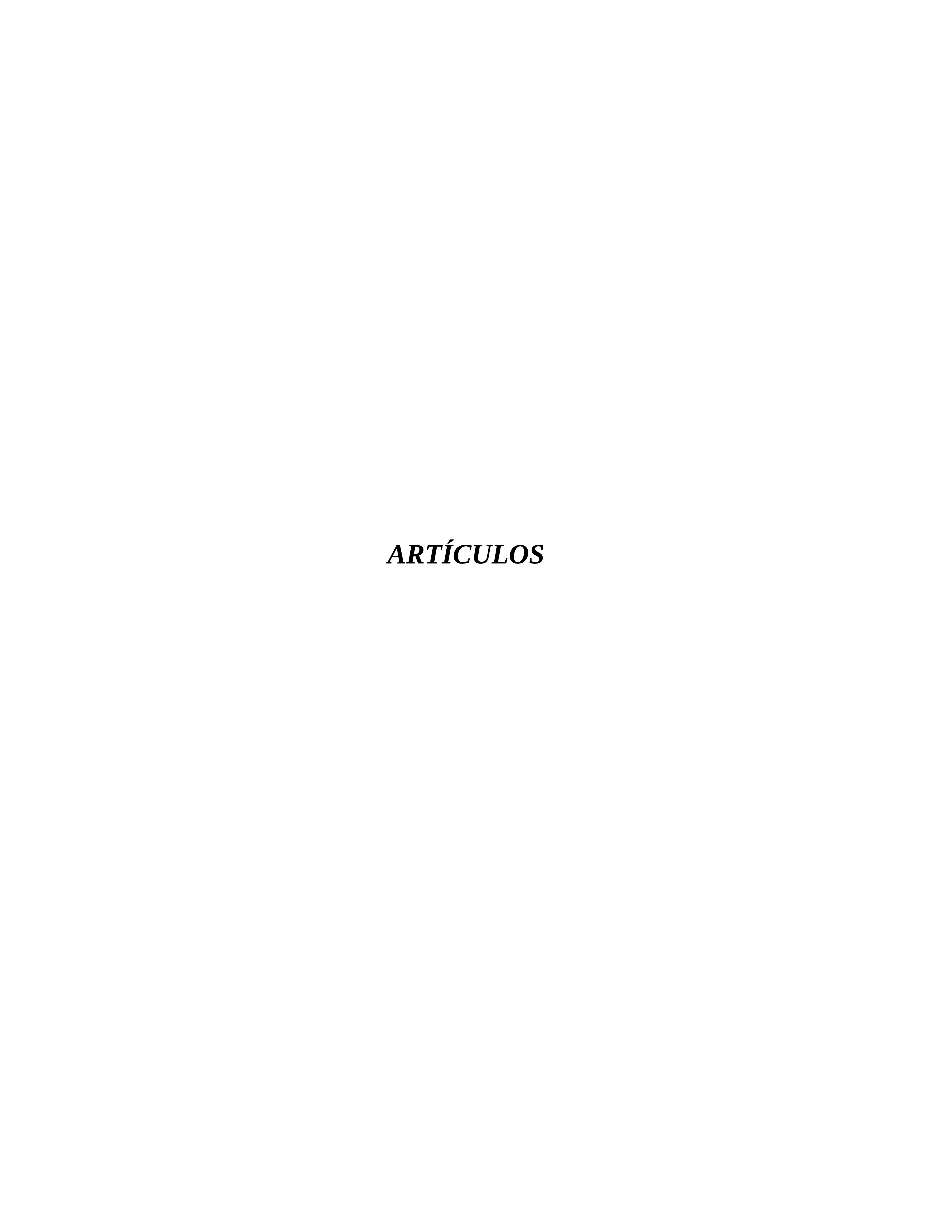
A partir del prestigio ganado, desde los aportes y la demanda de varios asociados del Instituto de Estudios Internacionales de Bolivia (IDEI), reunidos en un "Comité Editorial" que se ocupa de escribir, identificar artículos valiosos, invitar a gente con talento para escribir; con la gran voluntad y solidaridad indeclinable de la Dra. Ingrid Olguin que desde la experiencia del año 2019, realizó todas las acciones técnicas necesarias, con esta nueva publicación "virtual" de nuestro boletín "DOCTRINAS PARA ABOGADOS BOLIVIANOS", estrenamos un nuevo ciclo de nuestras publicaciones a través de un blog gratuito y en un diseño básico, pero con la expectativa de capturar los aportes académicos de los interesados en que las ideas de y sobre la crisis del derecho en Bolivia, en particular en Cochabamba, tengan un lugar desde el que presentarse, distribuirse y referenciarse y no perezcan por falta del mismo, esperamos nuevamente despertar el altruismo y la ambición de los que tienen ideas, porque creemos que el tiempo que viene solo tiene el espacio de lo virtual; el internet es hoy el medio de comunicación absoluto y no renunciamos a usarlo para recrear la esperanza en el derecho y con mucho optimismo esperamos ir capturando el interés de

la gente que quiere compartir sus ideas sobre una concepción y practica del derecho que ineludiblemente tiene que renovarse en medio de unos cambios forzados que la mayoría de los abogados y su ambiente se niega a ver, porque como siempre se tiene la convicción y certeza de defender una sociedad como la boliviana que tiene en su núcleo valores de justicia y de derechos humanos.

En este primer número, reunimos los artículos que nuestros amigos más consecuentes produjeron en este tiempo de aproximadamente cuatro meses que dejamos de publicar nuestro boletín en el anterior formato; no olviden que estuvimos y estamos en cuarentena y en crisis, pero que la vocación manda y además de aportes excepcionalmente importantes e inéditos de nuestros colegas, donde mención especial merece nuestro profesor colombiano Edgar Fuentes y su artículo especialmente entregado para este número, recuperamos y solicitamos trabajos que algunos de los autores escribieron en estos meses sobre temas que nos atingen, que inclusive fueron divididos en dos o más partes y que en esta ocasión compilamos, los tomamos y reprodujimos, pese a que en algunos casos, ya fueron publicados en los sitios web del IDEI u otros espacios parecidos, consideramos que nos resultan importantes para una primera publicación que permita a los autores mantener el entusiasmo que los caracteriza, en consecuencia si alguno de los contenidos les parece desactualizado, mírenlo por su importancia y ténganlo como un referente de su posible respuesta y un dialogo que apueste por su actualización, piensen y recuerden que no es una actividad lucrativa, ojala algún día lo sea, en todo caso manifiesto a nombre de todo el Comité Editorial y de los asociados del Instituto, nuestro agradecimiento porque nos presten parte de su tiempo en leernos y esperamos que teniendo presente, la valía de compartir sus ideas nos permitan presentarlas por este medio, que la fuerza de la voluntad y solidaridad nos acompañe, muchas gracias.

Oscar E. Alba S.
Presidente del Instituto de Estudios Internacionales

Cochabamba, 10 de Julio del 2020



ARTÍCULOS

¿Por qué fracasan los constitucionalismos?

Elementos introductorios para un estudio sobre la Reforma y el Derecho Constitucional de la Pandemia.

Édgar Hernán Fuentes Contreras[**]

Resumen: Este texto sostiene que, cierto sector doctrinal, ha sobredimensionado los efectos posibles de la Constitución, sin hacer referencia directa a la necesidad de aspectos, inclusive, pre-políticos para su eficacia. Así, a partir de una reconstrucción conceptual, de la noción de la Constitución, exhibe una postura crítica preliminar sobre las posibles razones del fracaso del constitucionalismo latinoamericano y su aplicación en los tiempos de pandemia, que procura promocionar una visión de aquello que puede denominarse como "sobreconstitucionalización".

Palabras claves: Constitucionalismo; Constitución; Derecho Constitucional; Constituciones Aaprentes.

Una idea inicial que, lamentablemente no siempre recorre los abordajes actuales sobre la Constitución, es que existe una distinción extensa entre el Derecho Constitucional y el Constitucionalismo. Justamente, si se observa al *Derecho Constitucional* como la "ciencia" de la Constitución y al "*Constitucionalismo*" como una forma de acercamiento al fenómeno constitucional, parecen mucho más accesibles las diferentes percepciones con las que se cuenta; al punto que se logran divisar los límites con los que cuenta cada uno de estos aspectos: Esto es, ni la Constitución puede tomarse *per se* cómo un Acuerdo de lo Fundamental, ni el *fenómeno constitucional* se reduce a la Constitución.

Esta proposición guía permite identificar ciertas particularidades críticas del constitucionalismo actual (y sus respectivos desarrollos en tiempos de pandemia) que deben partir, de cierto modo, de la pregunta *¿Qué se entiende por una Constitución?*

Pues bien, entre las diversas acepciones que se han extendido en la relación con la Constitución, ninguna menos propicia históricamente que aquella que asume al Constitucionalismo y la

[**] Doctor en Derecho, con mención internacional, de la Universidad de Sevilla (España). Actualmente, desarrollando estudios posdoctorales en la Universidad de los Andes (Chile). Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista y Máster Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad de Sevilla, respectivamente. Miembro Fundador del Instituto Internacional de Derechos Humanos-Capítulo Colombia, Director del Área de Derecho Público de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia), entre otros. Correo electrónico: edgar.fuentes@utadeo.edu.co; edherfucon@gmail.com.

Constitución como acreedores de un significado uniforme y homogéneo; y es que pese al reconocimiento de modelos tradicionales de constitucionalismo, existe una tendencia a configurar las nociones de manera poco menos contextual de lo que se espera: sean por razones de la extensión de los nuevos constitucionalismos[1] o sea por razones de internacionalización de la Constitución[2], se ha creado una atribución axiomática, por ejemplo, de los contenidos constitucionales: De allí que se ha vuelto común el uso del texto del artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano para introducir dichos contenidos. Sin embargo, poco se toma en cuenta el marco donde fue creado y su inscripción original, en la cual el vocablo "*Constitution"* figuraba no como un sustantivo sino como un verbo[3], y entendiendo la escasez de "Constituciones" para el 26 de agosto de 1789, en el sentido actual, resulta más notorio que la Declaración no se construía como un parámetro para establecer los contenidos de una norma específica, sino que, respondía a la realidad de creación del Estado mismo[4].

En esa medida, también puede entenderse que muchas de las primeras obras constitucionales (incluso la vigente Constitución francesa de 1958) abogaran por desarrollo amplio de lo orgánico y no de aquello que hoy reconocemos como dogmático; lo cual tiene, igualmente, como fundamento que los derechos eran ante todo derechos naturales y que no requerían de su inclusión en un texto normativo para ser reconocido y garantizados[5].

Con todo, una noción como la presentada por el profesor Roberto Gargarella, es decir, que "*La Constitución es el pacto fundacional de una sociedad"*[6], dice realmente muy poco de la

---

[1] Cfr. FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, "Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano". En: *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 3, No. 2 (2019); pp.13-42.

[2] Cfr. HABERMAS Jürgen. *La constitucionalización del Derecho Internacional Público y el problema de la legitimación de una comunidad internacional constituida.* En: CARBONELL, Miguel y CRUZ BARNEY, Óscar (Coords.). *Historia y Constitución.* Tomo II. México, D.F.: UNAM, 2015; pp. 217-234; BENAVIDES-CASALS, María Angélica. "La constitución del Derecho Internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental". En: *International Law*, No. 8 (2016); pp. 9-48.

[3] Cfr. FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Constitución y fenómeno constitucional.* En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *¿Tienen los jueces la última palabra?*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2020; pp. 731-746.

[4] "[El] vocablo francés «Constitution», que, como se recoge en la Enciclopedia de Diderot y d'Alembert, significaba tanto las leyes generales (les lois générales), como la realidad del Estado, del poder (l'étatdu gouvernement). Con ello, aunque pervivieran otros usos en sectores diferentes, el término Konstitution quedó claramente vinculado al ámbito de la organización jurídica y política de un Estado, utilizándose para describir la realidad del mismo". MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. *El Bloque de Constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación.* Ciudad de México: Tirant lo blanch, 2019; pp. 63-64.

[5] Elementos en este sentido pueden verse en relación con la posterior creación de la cláusula de derechos innominados. Ver, por ejemplo: FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Materialidad de la Constitución.* Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.

[6] GARGARELLA, Roberto. "¿Qué es la Constitución?". (2015). Tomado de: http://lalibertaddepluma.org/roberto-gargarella/; (Consultado: 2, jul., 2020).

Constitución. Las sociedades convergen antes de la Constitución y no se forjan necesariamente en razón de ella. De ahí que un *constitucionalismo trasformador*[7] como el que suele abocarse, más que un proyecto político puede ser una forma moralizante, lo que explica la perspectiva invasiva del Derecho Constitucional y las Constituciones[8] y que cada vez más se reduzca la brecha entre lo público y lo privado. Esta visión le atribuye a la Constitución promesas que no podrá cumplir -aunque la Constitución no promete nada-.

Sin duda, parafraseando la referencia que hace Zagrebelsky sobre la democracia, la Constitución "*no nos ha dicho «venid conmigo y os prometo una vida de amorosas delicias»*"[9]. Incluso, a pesar de que así se quisiera, una visión realista admitiría que no hay forma plena de garantizar esa promesa por la mera aparición del texto constitucional (y se tuviese un "enojo" frente a esas promesas, este es tan poco sensato como esperar que un cuerpo abandone su estado de reposo relativo sin que se aplique una fuerza sobre él).

Ahora, si se acepta que aquello que se denomina como Constitución involucra, por regla general, aquel texto escrito que refleja "*una norma de naturaleza política y jurídica*"[10], puede admitirse que va más allá de una decisión, que tiene un perfeccionamiento histórico[11] y que su efectividad, como su estabilidad, más allá de la aplicación jurídica.

Fenómenos como el reformismo constitucional y la generación de "Constituciones Aparentes"[12], pueden ser concurrentes en situaciones y ámbitos donde el acuerdo fundamental[13] es débil o inexistente, o, en su defecto, donde el acuerdo es más cercano a lo procedimental. Con todo, "*El mero acuerdo procedimental supondría que, respetando los procedimientos —no interrumpir a los demás en el parlamento, por ejemplo—, se puede defender lo que se desee, aunque sea la*

[7] Cfr. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. "Variaciones en torno a la "interamericanización" del derecho. A propósito del *Ius Constitutionale Commune".* En: *Araucaria*, Año 18, No. 36 (2016); pp. 511-521.

[8] Cfr. COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". Traducido por Miguel Carbonell. En: *Isonomía*, No. 16 (2002); pp.89-112.

[9] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Trotta, 2010; p. 115.

[10] Martínez Estay, José Ignacio. "El juez y los efectos de la constitución en el tiempo". En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 1, No. 1 (2003); p. 718.

[11] Cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. "Un concepto orsiano de Constitución". En: *Revista de Derecho*, Vol. 2, No. 26 (2005); pp. 315-326.

[12] Cfr. LAW, David S. y VERSTEEG, Mila. *Constituciones Aparentes*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018.

[13] "El acuerdo fundamental es el acuerdo en las cuestiones que por tanto no se cuestionan, dedicándose las confrontaciones políticas a otras cosas discutibles y menores". PEREIRA-MENAUT, Antonio-Carlos y PEREIRA SÁEZ, Carolina. "De nuevo sobre la Dignidad Humana". En: *Cuadernos de Bioéica*, XXV (2014), p. 238.

disolución de la propia comunidad política, la sustitución de la democracia por una dictadura, o un trato a ciertos seres humano que no respeta su dignidad"[14].

En esa dirección, una Constitución debería ser el reflejo de un orden político y, en consecuencia, desarrollo de un acuerdo fundamental: siendo como tres círculos concéntricos, estando más afuera la Constitución y en su centro el acuerdo fundamental.

En este sentido, la ausencia de coherencia, en mayor o menor medida entre los tres niveles presentados, reduce la estabilidad y el equilibrio político; promueve una visión exorbitantemente mágica del Derecho[15] e inclusive vende que "*siempre contaremos con jueces políticamente correctos y que nuestras convicciones liberales y democráticas han alcanzado el fin de la historia y prevalecerán para siempre*"[16].

Es bajo esta visión que pueden evaluarse los distanciamientos posicionales ocasionados por la pandemia. Efectivamente, se advierte que no es solo en el tiempo de "normalidad" -si es que existen- que puede valorarse en serio al Constitucionalismo, sino en los momentos de crisis no previstos: si bien no todo es susceptible de planeación, la dinámica social que funda el Estado es el que garantiza su perdurabilidad del mismo (no la perfección). Dilemas que terminan siendo expuestos cuando las decisiones que se toman para atender los acaecimientos no previstos ponderan bienes o principios sin un consenso práctico y que facilita que yazca un alejamiento, por convicción, necesidad o percepción, del derecho.

Por consiguiente, aludir a un Derecho Constitucional de la Pandemia muestra la fragilidad del constitucionalismo, una pretensión casuística insostenible desde la idea de generalidad y abstracción para la garantía de igualdad y estabilidad normativa y, quizás lo más preocupante, un ejercicio dócil de la política donde todo se reduce a la norma, auxiliando a un fetichismo jurídico y que relega la realidad: ni una Constitución pulcra y magistral puede con la voluntad de quién no la observa como suya, porque al final la imposición o la fuerza es el recurso menos estable de la comunidad política.

Llevando, entonces, a concluir que ni la apertura a las reformas ni nuevas Constituciones responden a la crisis de los constitucionalismos. La sociedad constitucionalizada tiene la impresión que sus males terminan con más Constitución, cuando en un entorno donde prima la desconfianza,

---

[14] Ídem.
[15] Cfr. OLIVECRONA. Karl. *Lenguaje jurídico y realidad.* México, D.F.: Fontamara, 1991.
[16] GUIBOURG, Ricardo A.. "Magia, cultura y derecho". *Isonomía*. No. 32 (2010); pp.181-182.

la hostilidad y poco lo común, el fracaso constitucional no es la causa, sino la constante consecuencia aquello previo a la Constitución que nos falta.

Referencias bibliográficas

- BENAVIDES-CASALS, María Angélica. “La constitución del Derecho Internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental”. En: *International Law*, No. 8 (2016); pp. 9-48.
- COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. Traducido por Miguel Carbonell. En: *Isonomía*, No. 16 (2002); pp.89-112.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano”. En: *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 3, No. 2 (2019); pp.13-42.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Constitución y fenómeno constitucional.* En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. *¿Tienen los jueces la última palabra?*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez; 2020; pp. 731-746.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. *Materialidad de la Constitución.* Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Variaciones en torno a la “interamericanización” del derecho. A propósito del *Ius Constitutionale Commune”.* En: *Araucaria*, Año 18, No. 36 (2016); pp. 511-521.
- GARGARELLA, Roberto. “¿Qué es la Constitución?”. (2015). Tomado de: http://lalibertaddepluma.org/roberto-gargarella/; (Consultado: 2, jul., 2020).
- GUIBOURG, Ricardo A.. “Magia, cultura y derecho”. *Isonomía*, No. 32 (2010); pp.165-182.
- HABERMAS Jürgen. *La constitucionalización del Derecho Internacional Público y el problema de la legitimación de una comunidad internacional constituida.* En: CARBONELL, Miguel y CRUZ BARNEY, Óscar (Coords.). *Historia y Constitución.* Tomo II. México, D.F.: UNAM, 2015; pp. 217-234.
- LAW, David S. y VERSTEEG, Mila. *Constituciones Aparentes*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. *El Bloque de Constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación.* Ciudad de México: Tirant lo blanch, 2019.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “El juez y los efectos de la constitución en el tiempo”. En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 1, No. 1 (2003); pp. 715-737.
- OLIVECRONA. Karl. *Lenguaje jurídico y realidad.* México, D.F.: Fontamara, 1991.

- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. “Un concepto orsiano de Constitución”. En: *Revista de Derecho*, Vol. 2, No. 26 (2005); pp. 315-326.
- PEREIRA-MENAUT, Antonio-Carlos y PEREIRA SÁEZ, Carolina. “De nuevo sobre la Dignidad Humana”. En: *Cuadernos de Bioéica*, XXV (2014); pp. 231-242.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad.* Madrid: Trotta, 2010.

Interpretación conforme para la cancelación de antecedentes penales en el beneficio del perdón judicial en Bolivia

*Rosse Mary Tito Silvera**

Resumen: La declaración de inconstitucionalidad de una norma y la consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico se constituye en un medio idóneo para reparar la juricidad conculcada, sin embargo no es la única vía,[17] por lo que la interpretación conforme a la Constitución es otra vía que preserva la norma descartando su significado contrario a la Constitución[18]. En Bolivia según el artículo 13 de la Constitución los jueces y tribunales están obligados a interpretar la disposición legal desde y conforme a la Constitución, que para la problemática en concreto, el artículo 117 ordena la habilitación inmediata de los derechos restringidos con el cumplimiento de la pena. Entonces habiéndose extinguido la pena con el perdón judicial corresponde la cancelación de los antecedentes penales en interpretación conforme para la habilitación de los derechos restringidos.

Palabras claves: Interpretación conforme, antecedentes penales, perdón judicial.

1. Descripción del problema

En Bolivia aún es vigente el estrecho jus positivismo y las limitaciones en la interpretación conforme a la Constitución ante lagunas normativas en funcionarios públicos que afirman que se debe aguardar el plazo de 8 (ocho) años para la cancelación de antecedentes penales en casos beneficiados con el perdón judicial, que con su decisión evidencian el desconocimiento del principio de interpretación conforme, que con su decisión también contravienen el artículo 117. II de la Constitución Política que declara *"la rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena"*.

El problema se suscita ante las limitaciones de los juzgadores en la interpretación del artículo 441 y artículo 368 del Código de Procedimiento Penal de Bolivia de la Ley Nº 1970 del año 1999, Ley Nº 1173 de 2019 para ordenar la cancelación de antecedentes penales en el beneficio del perdón judicial en consideración a la mínima contravención de bienes jurídicos protegidos por el Estado. Estas limitaciones en la interpretación del artículo 441 de Código de Procedimiento Penal para la

* Abogado por la Universidad Mayor de San Simón, con especialidad en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, con Maestría en Derecho Procesal Civil, a la espera de la defensa de tesis en la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho. (rossrosse061@gmail.com)

[17] Véase, Nogueira Alcalá, Humberto. (2010). La sentencia del tribunal constitucional en chile: análisis y reflexiones jurídicas. Estudios constitucionales, 8(1), 79-116. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100004
[18] Véase, Ídem

cancelación de antecedentes por interpretación conforme son también evidentes en los funcionarios del REJAP.

La decisión de aguardar ocho (8) años para la cancelación de antecedentes penales en los casos beneficiados con el perdón judicial por limitaciones en la interpretación conforme, vulnera el derecho al trabajo en la función pública de las personas que fueron beneficiados con el perdón judicial, situación que se agrava aún más en aquellas profesiones y ocupaciones que por su naturaleza están limitados al ejercicio liberal e independiente y es la administración pública su empleadora hegemónica, vulneración que contraviene los Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) suscritos por Bolivia[19]. A la fecha son múltiples las situaciones en las que se solicita el certificado de antecedentes penales, como ser para la habilitación para trabajar en la función pública, para la habilitación para el ejercicio de derechos políticos como ser la posibilidad de ser electo por voto popular y democrático, para la obtención de residencia y ciudadanía para muchos bolivianos que se encuentran en el extranjero considerando la migración de bolivianos a la Argentina, E.E.U.U., Chile, Brasil, España, Italia, entre otros.

2. Antecedentes de la interpretación conforme.

La interpretación conforme tiene sus antecedentes en particular en Estados Unidos, a través de una larga tradición en la judicatura norteamericana como antecedentes a la famosa decisión del caso Marbury v. Madison, según Gonzales Quintero[20], por lo que la sentencia del caso citado no es el punto de partida[21] es por el contrario la expresión de una larga tradición de la cultura jurídica americana desarrollada en un contexto histórico, en particular, el caso *Hylton vs. United States*[22]

[19] Véase, OIT. Organización Internacional del Trabajo, Bolivia es miembro desde el 28 de junio de 1919, que a la fecha cuenta con 185 Estados Miembros. Los principales objetivos de la OIT son: el fomento de los derechos laborales, la ampliación de las oportunidades para acceder a un empleo decente para todas y todos, la mejora de la protección social y el fortalecimiento del diálogo para abordar temas relacionados con el trabajo.

[20] Véase, Gonzales Quintero. R. (2011). Ley fundamental supremacía de la constitución y control constitucional: una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs. Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional. *Juridicas*, vol. 8, no. 2, 2011, p. 13. https://go.gale.com/ps/anonymous?id=GALE%7CA346530374&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=17942918&p=IFME&sw=w

[21] Véase, Fernández Segado, F. (2011). Los orígenes de la Judicial Review. *Revista De Las Cortes Generales*, (82), 23. https://doi.org/10.33426/rcg/2011/82/369.

[22] Véase, Enríquez Soto, P. A. (2015) “La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos”, en Serna de la Garza José María (Coord.), Contribuciones al derecho constitucional, UNAM, IIJ, México, pp. 289-215, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/40.pdf.

como antecedentes a la famosa decisión del caso Marbury v. Madison, que sin embargo la trascendencia de la sentencia del caso Marbury v. Madison de 24 de febrero de 1803 es indudable.

Los antecedentes a la decisión del caso Marbury v. Madison en Estados Unidos se remonta a diversos momentos en su génesis histórica, en particular a los "seis momentos siguientes" [23]: el periodo colonial, la etapa preconstitucional, la etapa de la *Constitutional Convention*, la etapa de la Convencion Constitucional de Filadelfia, el periodo de las Convenciones estatales de ratificación, el momento de debate y aprobación por Primer Congreso de la *Judiciary Act* de 1789 y la última década del siglo XVIII. En el transitar de estos seis momentos son relevantes los casos:

- caso Commonwealth vs. Caton[24] (Virginia, 1782) en la etapa preconstitucional,
- caso Bayard vs. Singleton[25] (Carolina del Norte, 1787) que coincide con la Convencion Constitucional de Filadelfia,
- caso Vanhorne's Lessee vs. Dorrance[26] (Pennsylvania, 1795) que corresponde al sexto momento es decir a *la última década del siglo xviii* con el denominado ejercicio de la facultad de revisión judicial por los *Circuit Courts* y por los tribunales estatales, caso Hylton vs. United States[27] (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1796) que también corresponde al sexto momento es decir a *la última década del siglo xviii* con la denominada posición de la *pre-Marshall Court.*

[23] Véase, Fernández Segado, F. (2011). Los orígenes de la Judicial Review. *Revista De Las Cortes Generales*, (82), 23 al 24. https://doi.org/10.33426/rcg/2011/82/369.

[24] Denominado también *Case of the Prisoners*, en el que John Caton y otros dos hombres condenados a la pena capital por traición, por haber ayudado a las tropas británicas, que temporalmente habían controlado gran parte del Sureste del Estado, reclamaron ante la *Virginia Court of Appeals*, aduciendo que la ley (*Treason Act*) violaba la Constitución del Estado. La Corte de Apelaciones de Virginia se pronunció concluyendo que la ley *Treason Act* era congruente con la Constitución de Virginia, aunque con argumentos objeto de controversia. Ibídem. pp. 76

[25] En el Estado de Carolina del Norte se confiscaba las propiedades de aquellos individuos que permanecieron leales a los británicos, por lo que una ley exigía a los jueces desestimar, sin entrar a considerar el fondo del asunto, cualquier acción planteada por una persona que pretendiera recuperar el título de su propiedad confiscada.
Ley que fue declarara inconstitucional por la *Supreme Court of North Carolina.* Fernández Segado, F. (2011). Los orígenes de la Judicial Review. *Revista De Las Cortes Generales*, (82), 82. Véase, Contribuciones al derecho constitucional, UNAM, IIJ, México, pp. 289-215, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/40.pdf.

[26] En la última década del siglo XVIII los tribunales continuaron invalidando leyes por su contradicción con la Constitución, en el caso *Van Horne's Lessee v. Dorrance,* resuelto por el *Justice* William Paterson actuando como juez del *Circuit Court* de Pennsylvania por lo que una decisión de un tribunal federal consideraba nula una ley estatal por su contradicción con la Constitución. Fernández Segado, F. (2011). Los orígenes de la Judicial Review. *Revista De Las Cortes Generales*, (82), 126.

[27]Un caso interpuesto a propósito de los impuestos sobre carruajes, en el que la Corte través del juez Iredell, Paterson y Chase soslayó la cuestión de la declaración de nulidad de toda ley contraria a la Constitución. Fernández Segado, F. (2011). Los orígenes de la Judicial Review. *Revista De Las Cortes Generales*, (82), 130.

En el caso Hylton vs. United States la Corte decidió sostener la validez de la ley cuestionada y de otro lado Iredell hizo constar que "estoy de acuerdo con la opinión de mis compañeros, respecto a que el impuesto en cuestión es conforme a la Constitución"[28], siendo particular el voto formulado por el justice Samuel Chase, que consideró *"si la Corte posee dicho poder, soy libre para decir que […] lo ejercitaré"*[29], haciendo alusión a la facultad de la Corte de invalidar leyes del Congreso. Estos no agotan los casos que anteceden al relevante caso Marbury v. Madison, cuya sentencia fue redactada por John Marshall en su condición de Presidente de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en contrario Marbury v. Madison, cuya sentencia fue redactada por John Marshall en su condición de Presidente de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos fue la culminación de un largo periodo de *"confirmación de la judicial review, según el cual, todos los jueces están facultados y obligados a desaplicar las leyes invocadas en los casos concretos de que conocen, cuando consideren que dichas normas son contrarias a la Carta Federal"*[30]

> En el caso William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado Charles Lee -ex ministro de Justicia de los EE.UU: solicitaron al Tribunal que ordenara a James Madison Secretary of State of the United States manifestar las causas por las cuales la Corte debía abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los demandantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia[31]

Una de las tres cuestiones más relevantes de la sentencia era la de que la Corte tenía autoridad para decidir que una ley del Congreso violaba la Constitución, considerándola por tanto como nula e inaplicándola en el caso de que estuviese conociendo[32], misma que evolucionó a la declaración de

---

[28] Véase, Gonzales Quintero. R. (2011). Ley fundamental supremacía de la constitución y control constitucional: una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs. Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional. *Juridicas*, vol. 8, no. 2, 2011, p. 13. https://go.gale.com/ps/anonymous?id=GALE%7CA346530374&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=17942918&p=IFME&sw=w

[29] Véase, Carpio Marcos, Edgar, "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI, p. 157; en Enriquez Soto Pedro Antonio. La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos.

[30] Véase, H Fix Zamudio, H. (2001). La *declaración general de inconstitucionalidad*, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano. 2ª. ed., *México*, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 92. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2001 - ijf.cjf.gob.mx

[31] Véase, *Marbury v. Madison.* Traducción al castellano del texto de dicha sentencia en la *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, núm. 3, enero-marzo de 1947, pp.317-343.

[32] Véase, Fernández Segado, F. (2011). La sentencia Marbury v. Madison. *Revista De Las Cortes Generales*, (83), 41. https://doi.org/10.33426/rcg/2011/83/477

inconstitucional de la ley, sin embargo ésta declaración produce una "conmoción jurídica"[33] que en la época contemporánea es resuelta por la cláusula de la interpretación conforme[34] evitando de esta manera la expulsión de la ley[35] de ordenamiento jurídico.

3. Legislación comparada

En Europa el Tribunal Federal Constitucional Alemán, cuyo inicio de actividades se remota al 07 de septiembre de 1953, fue el primero[36] en pronunciarse sobre la interpretación conforme, cuando una de las posibles interpretaciones logre armonizar con la Constitución[37]. España en el artículo 10.2 de la Constitución de 1978[38] se menciona de forma explícita el criterio de interpretación conforme, por lo que el Tribunal Constitucional formuló este principio desde su primera sentencia de inconstitucionalidad (02 de febrero de 1981) [39] con la particularidad de que se parámetro de interpretación son los Tratados y la Constitución como fuente de derechos fundamentales[40]

En México la doctrina de interpretación conforme es reciente para el Poder Judicial federal, que tiene como antecedente la reforma constitucional de diciembre de 1994 que confirió facultades propias de tribunal constitucional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, el auge la doctrina del principio de interpretación conforme[41] es con la reforma de junio de 2011 al

---

[33] Véase, H Fix Zamudio, H. (2001). *La declaración general de inconstitucionalidad*, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano. 2ª. ed., *México*, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 136. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2001 - ijf.cjf.gob.mx
[34] Véase, Idem.
[35] Véase, Enríquez Soto, Pedro Antonio. (2015). La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos. *Cuestiones constitucionales*, (32), 111-139.
https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316000056#fn0010
[36] Véase, Cabrales Lucio J.M. (2012). La interpretación de la ley conforme a la Constitución: fundamentos, naturaleza, desarrollo y perspectivas de un principio hermenéutico de la justicia constitucional
https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=124162
[37] Véase, Carpio Marcos, E. Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia Alemana).
https://www.researchgate.net/publication/260975057_Interpretacion_conforme_con_la_Constitucion_y_las_sentencias_interpretativas_con_especial_referencia_a_la_experiencia_alemana
[38] Véase, Articulo 10.2 de la Constitución de España. "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".
[39] Véase, El derecho administrativo: concepto, contenido y límites. Sistemas de derecho administrativo. las fuentes del derecho administrativo: caracteres y enumeración. La Constitución como norma jurídica.
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DwybaKix2hQJ:pagina.jccm.es/ear/descarga/temariofuncionarizaciongrupoa/tema12.doc+&cd=15&hl=es-419&ct=clnk&gl=bo&client=firefox-b-d
[40] Véase, Castilla Juárez, K.A. La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México.
https://www.academia.edu/15795018/La_interpretaci%C3%B3n_conforme_a_tratados_de_derechos_humanos._Una_mirada_a_la_experiencia_espa%C3%B1ola_para_el_futuro_de_M%C3%A9xico
[41] Véase, Enríquez Soto, Pedro Antonio. (2015). La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos. *Cuestiones constitucionales*, (32), 111-139.

artículo 1º constitucional que constitucionaliza el principio de interpretación conforme como criterio interpretativo del texto constitucional[42]

4. Interpretación conforme en Bolivia para la cancelación de antecedentes penales en el beneficio del perdón judicial

En Bolivia el artículo 13 de la CPE introduce el principio de interpretación conforme por lo que, al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal con la Constitución Política del Estado (SCP 0572/2014), precautelando en especial, el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Esta interpretación deriva del principio de supremacía constitucional o principio de constitucionalidad, previsto en el art. 410 de la CPE, por lo que su respeto debe ser la base para las decisiones de las autoridades judiciales o administrativas. (SCP 0572/2014).

Entonces el Juez debe realizar una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución en un Estado Constitucional de Derecho, más aun cuando existe lagunas normativas o groseras restricciones de derechos como ocurre en el caso del Código de Procedimiento Penal de 1999 en su artículo 441 que no hace mención alguna al beneficio del perdón judicial, sin embargo, sí se refiere a la suspensión condicional de proceso ordenando la cancelación de antecedentes penales habiendo cumplido el periodo de prueba que puede ser como mínimo de un (1) año, que conforme a la Ley 1173 la suspensión condicional del proceso es una beneficio otorgado cuando la pena previsible es de seis (6) años. En oposición el artículo 117.II de la Constitución Política del Estado ordena la rehabilitación inmediata en los derechos restringidos al cumplimiento de su condena en el entendido que estas están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, conforme al artículo 118. III de la CPE.

En este entendido corresponde la habilitación inmediata de los derechos restringidos de los beneficiados con el perdón judicial por cuanto este beneficio extingue la pena y sin pena es contraria a la Constitución la restricción de los derechos con el registro de antecedentes penales durante ocho (8) años adicionales por un delito que debió merecer además la aplicación del criterio de oportunidad (art. 21 de Código de Procedimiento Penal) por la mínima contravención al bien jurídico protegido con lo que debió extinguirse la acción.

[42] Véase, "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

5. Conclusión

El principio de interpretación conforme según el artículo 13 de la CPE ordena al Juez compatibilizar la ley en su aplicación con la Constitución sustentado en el principio de supremacía Constitucional conforme al artículo 410 de la CPE por lo que la interpretación conforme permite la conservación de la norma considerando la presunción de constitucionalidad de las leyes por la confianza otorgada al legislador.

La aplicación de la interpretación conforme para la cancelación de los antecedentes penales por orden judicial en el beneficio del perdón judicial restablecería los derechos restringidos, habiendo sido extinguida la pena por el perdón judicial, derechos como la igualdad y no discriminación, derecho al trabajo en particular el derecho en la función pública por cuanto las administraciones públicas exigen como requisito la presentación del certificado de antecedentes penales para la habilitación el trabajo en la función pública.

Referencias bibliográficas

- CABRALES LUCIO J.M. (2012). La interpretación de la ley conforme a la Constitución: fundamentos, naturaleza, desarrollo y perspectivas de un principio hermenéutico de la justicia constitucional
- https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=124162
- CASTILLA JUÁREZ, K. A. La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México.
- https://www.academia.edu/15795018/La_interpretaci%C3%B3n_conforme_a_tratados_de_derechos_humanos._Una_mirada_a_la_experiencia_espa%C3%B1ola_para_el_futuro_de_M%C3%A9xico
- CARPIO MARCOS, E. Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia Alemana).
- https://www.researchgate.net/publication/260975057_Interpretacion_conforme_con_la_Constitucion_y_las_sentencias_interpretativas_con_especial_referencia_a_la_experiencia_alemana
- ENRÍQUEZ SOTO, P. A. (2015) "La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos", en Serna de la Garza José María (Coord.),
- Contribuciones al derecho constitucional, UNAM, IIJ, México, pp. 289-215, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/40.pdf.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2011). Los orígenes de la Judicial Review. *Revista De Las Cortes Generales*, (82), 23. https://doi.org/10.33426/rcg/2011/82/369.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2011). La sentencia Marbury v. Madison. *Revista De Las Cortes Generales*, (83), 41.
- https://doi.org/10.33426/rcg/2011/83/477
- GONZALES QUINTERO. R. (2011). Ley fundamental supremacía de la constitución y control constitucional: una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs. Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional. *Juridicas*, vol. 8, no. 2, 2011, p. 13.
- https://go.gale.com/ps/anonymous?id=GALE%7CA346530374&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=17942918&p=IFME&sw=w
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. (2010). La sentencia del tribunal constitucional en chile: análisis y reflexiones jurídicas. Estudios constitucionales, 8(1), 79-116.
- https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100004
- ZAMUDIO, H. FIX (2001). La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano. 2ª. ed., *México*, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 92. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2001 - ijf.cjf.gob.mx

(I) El derecho necesario (lege ferenda) y las politicas públicas de excepción originadas en la pandemia del covid-19[43]

Oscar Alba S[44]

Dos empresas cochabambinas fabrican prototipos de respiradores con el apoyo de profesionales de diferentes áreas

(https://eju.tv/2020/03/dos-empresas…/)

Un abogado publicista, que se precie de tal por su experiencia profesional o académica, debiera ser capaz de identificar, subsumir y describir el derecho y los hechos atingentes a las competencias estatales y también a los incumplimientos gubernamentales de principios y derechos relativos a una emergencia sanitaria, a una epidemia o pandemia[45] que de modo débil, hasta antes de la que hoy sufrimos, podía ser subsumible en el Derecho a la Salud y a la Vida establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como en nuestro caso, en las Constituciones Políticas del Estado y leyes de sanidad de muchos estados que hoy se hallan afectados por la pandemia de la enfermedad, institucionalmente identificada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) desde su vector como COVID-19 (Corona Virus) . La falta de normativa y protocolos específicos sobre el tema sorprendieron a los gobiernos, entre ellos al interino del Estado Plurinacional de Bolivia, obligando a la dictación de un "Estado de Emergencia" que en realidad por su dimensión jurídica es un "Estado de Excepción" que intenta evitar una catástrofe sanitaria en el país. Debe quedar establecido que los "discursos" y por tanto el alcance de las posibles "medidas sanitarias" que mandan en el cerebro y la psicología de los ciudadanos bolivianos en general y en el de los segmentos sociales destinatarios del mensaje, encuentran asidero en el temor, el miedo racional/irracional de los hechos presentados por los medios de comunicación y "viralizados" en internet, que muestran la enorme cantidad de enfermos (morbilidad con probables secuelas) y alta mortandad que acarrea el Virus del COVID-19 y que puede tener a miles en sus listas de víctimas locales, pues según los epidemiólogos de distintos países, se espera el contagio de al menos el 60%

---

[43] Articulo entregado al IDEI el 24 de marzo y revisado el 22 de junio del 2020 para su republicación.

[44] Abogado, docente de Derecho Internacional y Presidente del Instituto de Estudios Internacionales.

[45] Con varias definiciones de la misma en el tiempo como la siguiente del 2009: "Infección humana con un nuevo virus que se transmite eficientemente de persona a persona y que afecta a habitantes de por lo menos dos regiones de la OMS" o en 1999 que parece más completa: "Infección humana con una nueva cepa que se transmite eficientemente entre personas en un país y se propaga a otros, con patrones de enfermedad que indican que la morbilidad y la mortalidad pueden ser graves" (Liliana Henao, 2010) (http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v9n19/v9n19a05.pdf

de los habitantes de cada país, antes del fin de la pandemia, para la que se requieren medidas y planificación usando sistemas de administración de tiempos y movimientos en las denominadas seis fases (Liliana Henao, 2010) en la terminología de la OMS/OPS y en la cual debemos aprender a movernos.

Lo que los expertos de diferentes nacionalidades nos comunican, es que la enfermedad no desaparecerá a corto plazo, por lo menos no lo hará en el plazo de las cuarentenas (en realidad se implantan por emergencia como quincenas o sesentenas, poco importa, porque son necesarias), pues como muchas fuentes autorizadas reconocen, se trata de ganar tiempo para que los hospitales y sistemas de salud, no colapsen; se adapte su capacidad de atender a las emergencias, se eduque a la gente y se discipline a los reticentes y ante lo evidentemente difícil de lograr o manejar se están generando propuestas para ampliar por mayores plazos y de distintos modos, los "estados de emergencia" y seguramente contemplando planes y acciones de mayor plazo, que con adecuada fundamentación convocan a la razón, como nos muestran los desastres y la experiencias de varios países sobrepasados en su capacidad de atención a las víctimas y perplejos ante la magnitud económica social y política de la PANDEMIA

Y nosotros… inmóviles o inmovilizados ante la magnitud del "Estado de Emergencia" que al ser materialmente un "Estados de Excepción" (no se declaró formalmente), que crece en el imaginario de los actores como un "estado de sitio" aceptado y denostado o por el momento ampliamente apoyado por los temores y las posibles víctimas. El desastre en ciernes, requiere, exige la imprescindible y necesaria cohesión y movilización de todos los entes gubernativos (internacionales, centrales y sub estatales) del Estado Plurinacional, para lograr el compromiso de todos en las distintas fases de la PANDEMIA y también en la urgencia de una crisis económica social y política que se avecina inevitablemente. La hipótesis central de este trabajo, es que NO contamos con el régimen institucional necesario para el manejo eficiente de la crisis (social y políticamente hablando) y que debemos construirlo a través del ejercicio de las competencias de los distintos niveles de gobierno del Estado Plurinacional, donde se cuenta con las reglas básicas, no las suficientes, que en todo caso, deben ser objeto de desarrollo para la movilización social y económica desde las instancias competenciales inferiores, estableciendo el alcance de la dirección con competencia y autoridad técnica de las instancias competenciales superiores, como paso a sugerir escuetamente.

Las pandemias, encuentran desprevenidas a las sociedades afectadas, por eso sus víctimas se cuentan estadísticamente por miles o millones (o cuando menos proporcionalmente) y es peor cuanto menor capacidad organizativa encontraron en las comunidades o sociedades donde incidieron, considero que ese extremo en función a la construcción política, la tecnología y las sabidurías contemporáneas, no tiene porqué seguir siendo así puesto que disponemos de mayor información, comunicación y posibilidades organizativas y un mecanismo (medio) valioso como puede ser la comunicación por internet, que permite la construcción de varias clases de dispositivos electrónicos para el gobierno, la educación y especialmente el seguimiento a la salud.

Para contribuir a la identificación de las acciones organizativas para un futuro incierto, es crucial que consideremos un deber de los profesionales (en este caso de los abogados, los politólogos y en todo caso, los estadistas) proponer la implementación de políticas públicas asertivas de mediano y largo plazo basadas en las competencias legislativas, administrativas y judiciales del Estado Plurinacional y Autonómico, en este artículo propondré una aproximación al marco normativo general, que espero poder desarrollar posteriormente por temas específicos, utilizare como base de mi trabajo los instrumentos jurídicos vigentes y el sentido de su construcción, partiendo de la identificación de las competencias estatales y sub estatales tal como las plantea mi colega Carlos Bellot (Bellot, 2020) y mi búsqueda de las competencias ligadas al derecho a la salud y la vida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

a) Los Gobiernos Autónomos Municipales tienen competencias en salud en base al art. 81.III.2 de la CPEP y su desarrollo en leyes como la de autonomías.
   Generando proposiciones normativas: Se establece que los gobiernos municipales, pueden apoyar a los grupos vulnerables con: el uso de recursos económicos, dotación de infraestructura, servicios básicos, prevención de la enfermedad (pandemia), constituir la instancia de gestión local de la pandemia, todo a través de la generación de un sistema único de salud de su jurisdicción.
b) Los Gobiernos Autónomos Departamentales tienen competencias en salud de conformidad al art. 300.I-2 de la CPEP y otras fuentes normativas.
   Generando proposiciones normativas: Planificar y promover el desarrollo humano en su jurisdicción, asignar y ejecutar recursos de forma extraordinaria, establecer protocolos para garantizar las condiciones laborales preventivas para instituciones de alcance supramunicipal entre otras.

c) El Gobierno Central del Estado Plurinacional, tiene competencia de conformidad al art. 298.II.17 y normas concurrentes y activar las emergencias que involucra el apoyo de las fuerzas armadas según el art. 109.II de la CPEP y la SCP 5/2019 y sus respectivas normas de desarrollo.

   Generando proposiciones normativas: Declarar Estado de Excepción y Emergencia de Salud al país (CPE art. 137-140), para posibilitar la restricción del derecho a la libertad y para posibilitar la asignación y ejecución recursos de forma extraordinaria (Ley 031 art. 100.I), Emitir protocolos o reglas para garantizar las condiciones laborales preventivas en comercios, industrias, servicios y demás empresas e instituciones de alcance supra departamental (Ley 453 art. 2); y todas las medidas sancionatorias necesarias para el cumplimiento de las restricciones y prohibiciones, así como disponer la movilización de la policía boliviana y las fuerzas armadas para hacerlas cumplir (CPE arts. 298.I.6 y 299.II.13) entre otras.

Debe quedar establecido que el gobierno central asumió (con responsabilidades incluidas) la Dirección General del combate a la PANDEMIA, desde el momento en que de conformidad al Estatuto de la OMS y su Reglamento Sanitario Internacional declaró el "Estado de Emergencia", que debe tornarse formalmente "Estado de Excepción" de conformidad a los arts. 137 al 140 de la Constitución, sin que el legislativo pueda oponerse a su declaratoria, sino más bien con la obligación de establecer sus características de conformidad a las siguientes proposiciones normativas.

a) El Gobierno central tiene la potestad de: a) …la Presidenta o el Presidente del Estado tendrá la potestad de declarar el estado de excepción, en todo o en la parte del territorio donde fuera necesario….b) La vigencia de la declaración del estado de excepción dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que tendrá lugar apenas las circunstancias lo permitan… c) Los estados de excepción serán regulados por la ley.
b) A la vez, el Estado Plurinacional se halla obligado a cumplir y autorizado para asumir competencias concurrentes por encima de las que pueda establecer una ley sobre el estado de excepción, según mandatos de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de obligatorio cumplimiento en el país, tal como lo prescriben los arts 13.IV, 256 y 410 de la CPEP y sus desarrollos de la jurisprudencia constitucional que autorizan la aplicación preferente del Derecho Internacional de los Derechos

Humanos (DIDH), inclusive para el desarrollo del “Estado de Excepción”, especialmente en situaciones de la inesperada complejidad para la salud, como son las derivadas de la pandemia del COVID-19.

El sustento inicial y final de las acciones gubernamentales se halla en el consagrado “Derecho a la Salud” que se halla prescrito como obligación del Estado Plurinacional en el art. 37 de la CPEP, que prescribe: “El Estado tiene la obligación indeclinable de garantizar y sostener el **derecho a la salud**, que se constituye en una función suprema y primera responsabilidad financiera. Se priorizará la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades” en el contexto de los artículos 35 al 45 de la CPEP y entre otros el “Código de Salud de la República de Bolivia” de 18 de julio de 1978, que en su artículo 5 establece un alcance muy limitado de este derecho; a su vez la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 25 establece que la salud es un derecho de cada persona, así: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Sobre todo, y en este caso especialmente por las características de la pandemia del COVID-19, se hallaría también dentro los alcances del “derecho a la vida” contenido entre otros en el art. 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y cuyo alcance se liga al derecho a la salud, como veremos cuando sea oportuno.

Siguiendo la línea de la reflexión sobre las competencias y la protección de los derechos a la salud y la vida, encontramos un débil referente en el art. 75 del Código de Salud de la República de Bolivia, que tiene que ser subsumido en las obligaciones jurídicas internacionales del Estado Plurinacional, que permiten el refuerzo y la modulación de sus competencias, desde los tratados internacionales sobre la materia y sus normas derivadas; específicamente en los tópicos referidos al tema que nos preocupa a través de la adopción de los dispositivos institucionales o legales de la OMS/OPS sobre las PANDEMIAS. Sobre el convenio constitutivo de la Organización Mundial de la Salud designado como “Constitución de la Organización Mundial de la Salud” que en su art. 38 autoriza al Director General el constituir los comités necesarios, en este caso puede auxiliar al Estado Plurinacional con la designación/constitución de un “Comité de Emergencia del Estado Plurinacional de Bolivia” desde las características que la normatividad del DIDH establece a través de su legislación de desarrollo:

a) La Observación General No. 14 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que establece la obligación del Estado (gobierno) de proteger a la sociedad frente a epidemias y pandemias.
b) El artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) que prescribe la declaración de una "emergencia de salud pública de importancia internacional", que en relación con el art. 4 del mismo establece la creación de un Centro Nacional de Enlace que es la autoridad encargada de comunicación, información, responsabilidades de vigilancia y recibir información de ellas y la instalación de un "Comité Internacional de Emergencias" contemplado en el art. 48 del mismo reglamento.
c) El Comité de Emergencias del RSI establecido en el art. 48, es el verdadero ente gestor de la pandemia y será constituido del siguiente modo: "…2. El Comité de Emergencias estará integrado por expertos elegidos por el Director General entre los miembros de la Lista de Expertos del RSI y, cuando proceda, de otros cuadros de expertos de la Organización. El Director General determinará la duración del nombramiento de los miembros con el fin de asegurar su continuidad en la consideración de un evento concreto y sus consecuencias. El Director General elegirá a los miembros del Comité de Emergencias en función de las esferas de competencia y experiencia requeridas para un periodo de sesiones concreto y teniendo debidamente en cuenta el principio de la representación geográfica equitativa. Por lo menos un miembro del Comité de Emergencias debe ser un experto designado por un Estado Parte en cuyo territorio aparece el evento. 3. El Director General podrá nombrar, por iniciativa propia o a petición del Comité de Emergencias, a uno o más expertos técnicos que asesoren al Comité", de conformidad al procedimiento que el mismo reglamento establece.

Entonces y dada la jerarquía normativa y por tanto de la prevalencia institucional en el régimen jurídico del Estado Plurinacional, la máxima autoridad para el manejo de la PANDEMIA del COVID-19, es el "Comité Internacional de Emergencias" que debe tener su réplica y ser designado para Bolivia a semejanza de las reglas de la OMS/OPS como el "Comité de Emergencias del Estado Plurinacional de Bolivia para la PANDEMIA del COVID-19", justificada por la carencia de legislación boliviana fuerte que prevea un órgano estatal claramente competente; este órgano puede ser constituido por analogía juris (absolutamente necesaria y constitucional) al de las normas de la OMS y con una base eminentemente técnica de epidemiólogos, salubristas y profesionales con capacidad técnico/sanitaria constituida por profesionales nacionales y extranjeros, tal como se

prescribe en la normativa internacional que la autoriza y de la que el Estado Boliviano forma parte al ser parte de los tratados constitutivos y en el presente caso debe aplicar por necesidad e interpretación constitucional.

Finalmente y dada su trascendencia internacional, las pandemias debieran ser motivo de preocupación del máximo ente multilateral de la Seguridad Internacional como es el Consejo de Seguridad de la ONU, que para ejemplo (débilmente continuado) mediante su Resolución No. 2177/2014 de septiembre del 2014 declaró al Ébola como una amenaza a la Paz y Seguridad Internacionales, que seguramente y en última instancia (necesitamos más) será objeto de similar declaración, con la autorización para desarrollar acciones excepcionales por el claro peligro y la trascendencia internacional de la pandemia del COVID- 19.

Referencias bibliográficas

- Bellot, Carlos: ¿qué autoridades y mediante qué instrumento normativo deben tomar medidas contra el coronavirus? Inédito. Se encuetra en la pagina de Facebook del Instituto de Estudios Internacionales.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud de adoptada en la 51 Asamblea Mundial de la Salud: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf
- Código de Salud de la República de Bolivia de 18 de julio de 1978: https://www.lexivox.org/norms/BO-COD-DL15629.xhtml
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Convención Americana de los Derechos Humanos: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Henao-Kaffure, Liliana: El concepto de pandemia: debate e implicaciones a propósito de la pandemia de influenza de 2009. Rev. Gerenc. Polit. Salud, Bogotá (Colombia), 9 (19): 53-68, julio-diciembre de 2010 capturado en http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v9n19/v9n19a05.pdf
- Reglamento Sanitario Internacional de la OMS/OPS: en https://www.who.int/ihr/IHR_2005_es.pdf
- Villarreal Lizárraga, Pedro Alejandro: La protección contra epidemias y pandemias como manifestaciones del derecho a la salud, desde una perspectiva de gobernanza global. Biblioteca

Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, capturado en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4095/19.pdf

(II) El derecho necesario: un sistema gubernativo mixto para la lucha contra el covid-19

Oscar Alba S[46]

En el sentido común de algunos políticos y de los abogados bolivianos, deben existir grandes interrogantes sobre la constitucionalidad, la legalidad de las medidas contra la pandemia asumidas por el gobierno (¿provisional?) en un declarado "estado de emergencia" convalidado legislativamente que imaginariamente establecería los márgenes de "legalidad" de medidas de distinta índole asumidas mediante decretos supremos y resoluciones gubernamentales de distinto nivel que según algunos se hallan constitucional y expresamente autorizadas y que en extremo permiten "inferir" la validez de las políticas sanitarias[47]; entonces un espacio más que imprescindible en el manejo y las consecuencias emergentes de la crisis pandémica, es el referido a la validez jurídica y material de los actos y hechos del "estado de emergencia" y su aplicación positiva o no, a través de medidas sanitarias y de control social, que en algunos casos parecen solo tener la justificación primordial de evitar la expansión rápida e incontrolable de la pandemia del COVID-19.

Lo que no se reconoce públicamente y cuando se lo hace se procura defender con argumentos inconducentes, es el hecho de que en medio de la pandemia, nos encontramos regidos por medidas de seguridad no solo extraordinarias, sino también en algunos casos ineludiblemente inconstitucionales por ser contrarias a los derechos humanos o cuando menos (haciendo una concesión retórica) a-constitucionales, que se justifican en un propósito continuamente reiterado de defender la salud y existencia de una población que se halla profundamente atemorizada y dispuesta a aceptar (¿provisionalmente?) cualquier sacrificio, pues se halla paralogizada por la información apocalíptica que se trasmite en los medios de información y en las redes sociales incrementada exponencialmente por sus malas experiencias en la precariedad del sistema de salud boliviano.

Lo que de modo débil contienen las descripciones de este artículo, son posibles respuestas a las interrogantes del cómo hacer para preservar los derechos humanos, la constitucionalidad y el

---

[46] Abogado, Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad Mayor de San Simón y en la USIP, Presidente del Instituto de Estudios Internacionales de Bolivia.

[47] Para ver el sentido de legislativo gubernamental: https://boliviaemprende.com/noticias/compilado-de-resolucionesleyes-y-decretos-del-ministerio-de-trabajo-empleo-bolivia-covid-19

respeto a las leyes o dicho de otro modo: cuánta legalidad es posible en un ambiente de emergencia y de primacía de la "razón de estado" asumida por los gobernantes y sus ideas de brindar seguridad a la población; que acciones podemos exculpar con el manto del "derecho necesario" que hoy regula las medidas sanitarias (si se quiere técnicas o materiales) contenidas en diferentes tipos de normas, reglas, procedimientos protocolos o modos de hacer en vigencia adoptados, desde su "naturaleza técnica" e imprescindible socialmente.

Las reglas técnicas o protocolos del "derecho necesario" deben ser concordadas y subsumidas en las normas marco, por ello es importante la pregunta de cómo deben concebirse o elaborarse para no ser consideradas violatorias de los principios, garantías, derechos y obligaciones del ordenamiento legal boliviano, respetando derechos y deberes de las personas que se hallan sujetas a sus reglas, sin perder eficiencia y eficacia en el cuidado de la salud y seguridad de bolivianos. La idea central de este trabajo y los que lo desarrollen será verificar si es posible no violentar el ordenamiento jurídico y la legitimidad de los niveles de gobierno y por tanto del Estado Plurinacional, para llevar adelante una política sanitaria efectiva en la lucha contra el Corona Virus. En esta ocasión analizaremos un ámbito específico a manera de ejemplo para luego ver si está cumpliendo con las características de los sistemas gubernamentales realmente existentes, que exploraremos en esta propuesta.

Un ejemplo expresivo de las contradicciones o paradojas del modo de obrar estatal, lo hallamos en el modo en que se categorizaron[48] los hospitales públicos y privados del país y por el que se procuró que obtengan competencia y autorización[49] para atender a los enfermos de COVID-19 (Corona Virus), es un buen ejemplo de los "protocolos sanitarios" como dispositivos de seguridad y planificación de la gestión administrativa gubernamental de la pandemia, esas herramientas del "saber hacer", son construidas desde las experiencias que caracterizan a las epidemias o ahora a la pandemia en diferentes lugares del mundo; los protocolos que son "modos de hacer" construidos desde el saber de la experticia y experiencia de los técnicos, se emulan de modelos extranjeros e internacionales y se implementa en Bolivia en relación precaria con las características políticas, limitaciones del sistema hospitalario y especialmente sin contemplación de las construcciones culturales y socio económicas que fluctúan entre las identidades públicas y privadas o las demandas sectoriales de una población a la que no se está identificado y segmentado de un modo

[48] En esta caso la descripción será en tiempo pasado en razón del ejemplo, pero más adelante mostraremos la vigencia de "protocolos" que mantienen el procedimiento y la lógica del sistema.

[49] https://www.minsalud.gob.bo/4020-gobierno-reporta-115-casos-positivos-de-covid-19-y-autoriza-a-laboratorios-publicos-y-privados-realizar-pruebas-de-diagnostico capturada el 1/04/2020

realista, porque no se está queriendo asumir la calidad organizativa de la base poblacional, a la que está dirigida.

En Bolivia y también en Cochabamba, la gestión gubernamental y local había previsto tres tipos de autorizaciones para la atención de enfermos del COVID-19 en los diferentes hospitales: unos de primer nivel, que en caso de ser requeridos, solo hacían pruebas diagnósticas y que correspondía a los hospitales y clínicas privadas y de la seguridad social sectorial, toda vez que en ese primer nivel, se verificara la existencia de la enfermedad, esas instituciones, debían remitir a los enfermos a los hospitales de segundo nivel, que como en el caso del hospital clínico Viedma (público) hubiese tenido a su cargo el sistema de vigilancia y supervisión de la evolución de los enfermos leves; en el caso de enfermos graves estos tendrían que ser remitidos a los centros de tercer nivel (hospitales del norte y sur), que serían los encargados de la internación y las medidas de emergencia[50].

El modo de hacer (protocolo medico) es el modelo que se viene intentando ejecutar de un modo profesionalmente experto, sobre la base de legalidad y legitimidad de las medidas gubernamentales sobre la pandemia y el protocolo de segmentación de la atención hospitalaria que será en esta ocasión nuestros referente analítico[51], porque nos permite mostrar la falta de adecuación del sistema de seguridad que se requiere, pues la aparente supresión por acto legislativo (ley) del contenido estratificado del protocolo en cuestión, porque la ley establece que todos los hospitales deben atender los casos graves, se asentó en denuncias familiares y periodísticas de ineficiencia por la muerte de un funcionario de dirección de la empresa transnacional de telecomunicaciones AXS Sr. Richard Sandoval[52], así es una muestra de debilidad ante la sensación colectiva de inseguridad y la posibilidad de inadecuación de los protocolos a la realidad, extremo que nos presenta la fragilidad de un sistema, que entre otras cosas, carece de una identidad técnica clara y jurídicamente sostenible.

Los “protocolos” o modos de hacer médicos que se implementan desde el gobierno, con la precaria “declaratoria de emergencia” pueden ser evaluados de varios modos, uno de ellos que nos interesa desde el derecho, tiene relación a las posibles consecuencias o responsabilidades jurídico/políticas emergentes de actos de política anti pandémica vigentes y a momentos referenciadas en reglas

---

50 https://www.opinion.com.bo/articulo/cochabamba/hospitales-habilitan-salas-aislamiento-cochabamba/20200312232705756221.html capturada el 1/04/2020

51 https://www.minsalud.gob.bo/35-libros-y-normas/2472-normas-1-de-la-ursc. Capturada el 1/04/2020

52 https://www.youtube.com/watch?v=BHC3Tl0-MeA

técnicas, políticas o reglamentarias en contravención con reglas constitucionales o del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

Los protocolos sanitarios no encuentran cabida clara en una declaratoria jurídicamente débil de “estado de emergencia” que en realidad debiera ser un “estado de excepción” (Bellot,2020. Alba,2020. Orias,2020), este sería uno de los incumplimientos constitucionales de base, un espacio de no legalidad, que originaría una serie de posibles imputaciones de responsabilidad, y si fuera imposible por la contradicción entre ejecutivo y legislativo, una alternativa es proceder como propuse en un artículo anterior, para el fundamento legal y la caracterización de las reglas de lucha contra la pandemia y su modo de institucionalizar y encarar el derecho necesario, dijimos que debe fundarse en analogía a las reglas internacionales del Reglamento Sanitario Internacional de la OMS/OPS, sin embargo, este solo es el punto de partida, el desarrollo del derecho necesario parece encontrar caminos que poco tienen que ver con las concepciones tradicionales del derecho, en todo caso y para no interrumpir la narración, asumamos que la declaratoria de emergencia y de cuarentena remplazan válidamente la declaratoria de estado de excepción, esa validez a su vez no implica la negación de la validez de los derechos fundamentales (arts. 13.IV y 256 de la CPEP)

Algunas acciones o medidas como las relativas a los hechos de nuestra referencia, parecen ser violatorias de reglas del derecho constitucional boliviano de naturaleza imperativa, y podrían aparejar futuras responsabilidades jurídicas, para no insistir por lo pronto en el DIDH. Sin embargo para identificar la posibilidad real de imputar responsabilidades políticas, administrativas, penales u otras, es necesario realizar un buen diagnóstico y descripción de los sistemas o formas de gobierno efectivamente existentes, en su relación con el derecho practico y necesario o las características de la “lege ferenda” para así coadyuvar en la verificación del buen o mal desempeño de los mecanismos o dispositivos de seguridad sanitaria y económica que se pretende beneficien a la población boliviana, y sus segmentos en estos momentos de miedo e inseguridad.

Deben quedar claras desde la concepción técnica y social de las políticas sanitarias, la identidad de los sujetos, las instituciones competentes y las personas necesarias que hoy tienen el deber de implementar acciones que en el futuro serán objeto de aprobación/sanción histórica y legal por las medidas anti- pandemia asumidas por los gobiernos en funciones en los diferentes niveles (central y autónomos) que tuvieron la responsabilidad de conducir la lucha contra el virus; más aún identificar la naturaleza de las reglas funcionales, que basadas en de sus competencias constitucionales y legales, tengan el encadenamiento apropiado para no correr el riesgo de cargar con las responsabilidades por gestiones que al fallar en su accionar o carecer de veracidad y

coherencia entre las reglas, metas y resultados hayan sido ejecutadas en detrimento de la salud y la economía de los bolivianos.

Las medidas hasta hoy asumidas por el gobierno de transición, tienen un fuerte sentido de “sistema disciplinario” por el modo en que están presentándose a la población, siendo identificables la metas de seguridad sanitaria y social de mediano y largo plazo, un sistema disciplinario en manos de políticos mal informados y de médicos con poca experiencia en el manejo de “sistemas jurídicos y sociales”, no tienen otra que asumir las recomendaciones y experiencias genéricas de los especialistas de la OMS/OPS ofertadas y aceptadas desde los medios virtuales, que solo podrían ser efectivas desde el compromiso abstracto y cumplimiento de reglas basadas en hipótesis, de los actores políticos y sociales en su condición de representantes de segmentos poblacionales administrativa y gubernativamente identificados y correlacionados, que es lo que parece ocurrir con los alcaldes, gobernadores y ministros que tienen a su cargo la situación.

El actuar sobre flujogramas, formularios y listas de chequeo que no se compadecen de los hechos o datos que son parte del acontecimiento, y que solo aperciben la adhesión social y la acción conjunta de políticos y médicos sanitarios locales, no parece ser es mejor mecanismo para el logro de metas anti pandemia, como la importante de “aplanar la curva” . Es ineludible asumir el liderazgo en base a la información abundante y adecuada y a las reglas técnicas de los especialistas, como en muchas partes del mundo, en Bolivia es especialmente urgente, porque no tenemos el apoyo de personal, materiales e infraestructura suficientes, que harían imposible alcanzar los parámetros diseñados en papel y necesarios para superar la crisis, como está ocurriendo en muchos países que tienen mejores condiciones que Bolivia.

Para que la responsabilidad legal sea adecuadamente ejercida, asignada o excusada por errores o insuficiencias; para describir las consecuencias políticas y jurídicas posibles, debe quedar clara la fuente de las competencias legales o materiales, los tiempos y espacios de actuación de las autoridades competentes, el cómo y otros conceptos que harán viable el trabajo de lucha contra el COVID-19, que así y legítimamente serán susceptibles de futuros premios o sanciones políticas o legales.

Seguramente el modo “realista” de enfrentar institucionalmente la pandemia, es con estrategias gubernativas mixtas que asumiendo las dificultades, realicen acciones incorporando sistemas legales, disciplinarios y de seguridad, en un entorno de respeto a las competencias y funciones desde los conceptos del sistema jurídico: respetando las reglas constitucionales, legales,

reglamentarios, o las medidas disciplinarias y de planificación institucionales y democráticas en el marco de los criterios de seguridad que se van estableciendo desde la gobernanza mundial y regional de las organizaciones internacionales del tipo OMS/OPS que deben negociarse para sostener la desastrosa situación de una pandemia que no parece tener fin.

Para verificar el sentido del modo más preciso posible, propongo que los abogados en alianza con los científicos sociales, intentemos dialogar (en un primer momento) desde los conceptos construidos por Michel Foucault para describir los tipos o formas de gobierno desde los Sistema de Legalidad, los Sistemas Disciplinarios y los Sistemas de Seguridad (Foucault, 2006)[53], planteo sus posibilidades a través de una serie de paráfrasis, de las que pido disculpas a los cultores del autor y me excuso ante mis lectores por el apuro en concebir y difundir mis perspectivas en este momento dramático que estamos atravesando, comprometiéndome a ir desarrollándolas conforme a la acogida que tengan estos textos preliminares.

El denominado **"sistema de la ley"** considerado por Foucault, como una técnica gubernamental negativa, construida en base a mandatos y prohibiciones (que sería su función principal) y permisiones (función residual) ya que como sabemos, lo indeterminado o no prohibido está permitido; considero que esta es una técnica que hoy se usa políticamente en relación a las certezas imprescindibles (Ius Cogens), específicamente en relación a los derechos fundamentales o el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como ocurre paradigmáticamente en el derecho constitucional boliviano.

El sistema de la ley o **"sistema legal"**, como expresión del Estado de Derecho autoriza el uso y desarrollo de las reglas legislativas, pero también reconoce un lugar de privilegio de las normas constitucionales y las normas jurisprudenciales nacionales e internacionales necesarias para su desarrollo. Estas reglas en el país ante la pandemia y en la lógica de la "emergencia" serían precarias e insuficientes para enfrentar las emergencias o acontecimientos que la enfermedad genera; peor aún, Bolivia carece de la legislación de desarrollo como se constata desde el Código de Salud de Bolivia y las normas concurrentes.

Pese a las insuficiencias legislativas, los usos derivados de la practicas médicas, permiten, autorizan, el manejo de hechos y actos en el contexto epidemias o pandemias como el Corona Virus mediante reglas contenidas en el formato de "protocolos" profesionales que forman parte de

---

[53] En esta ocasión pido disculpas por no construir un sistema de citas más riguroso, ocurre por dos razones, porque no tengo la ayuda y por el apuro de la coyuntura, por ello la mayoría de las referencias al trabajo de Foucault son paráfrasis que tienen el propósito de destacar la posición de la práctica jurídica en Bolivia.

otro sistema de reglas que siguiendo a Foucault denominamos el **“Sistema Disciplinario”**. La falta de desarrollo legal de los principios jurídicos relativos al sistema de salud y su arcaísmo legal, la pesadez de su posible reforma o adecuación por los órganos legislativos representantes de la voluntad general o soberana y la inexistencia de leyes de desarrollo, harían indispensables las autorizaciones “reglamentarias” gubernamentales que para ser ejecutados, en su fase o etapa técnica son conocidos como “protocolos” y que pese a su transitoriedad y necesidad, pueden contener antinomias y contradicciones con los aspectos esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos e inclusive con las reglas políticas del “estado de emergencia”, como procuramos mostrar en nuestro ejemplo de las autorizaciones hospitalarias de atención a los enfermos del Corona Virus, que en algún caso pueden implicar una verdadera violación de los derechos humanos y por tanto del derecho constitucional al impedir (según nuestro ejemplo) la pertinencia de la atención médica que la persona (el enfermo) consideró apropiada a su condición.

El que asumiendo la descripción de Foucault denominamos **“Sistema Disciplinario”** tiene como referente principal y contenedor de sus reglas a los ya repetitivamente presentados “protocolos sanitarios” que desde la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de Salud (OPS) y el Ministerio de Salud del Estado Plurinacional, se están implementando para actuar contra la epidemia, se asume que contendrían las técnicas adecuadas y oportunas originadas en las estadísticas globales y el diagnóstico general de los referentes médicos también globales, serian parte de las técnicas de “normalización” o “estandarización” profesional y política, porque parten del principio de “determinar lo que se debe hacer” o lo que es bueno hacer en la emergencia y establecen que “lo indeterminado está prohibido” obsérvese la diferencia con aspectos del **“sistema legal”** antes enfatizado aunque seguramente los abogados administrativistas rescatarán el principio fundante de su disciplina, que establece que las autoridades están obligadas a hacer solo lo que la ley manda, hoy totalmente olvidado en Bolivia, ya que se adoptó la práctica de insertar cláusulas abiertas en las leyes y reglamentos que permiten a los funcionarios públicos asumir competencias que el legislador no tuvo la intención de otorgarles.

En todo caso el **“sistema disciplinario”** tiene la vocación de introducir en las instituciones del campo de la salud y otras, el sentido de la planificación, el control de tiempos y movimientos de las gerencias de la administración empresarial; se pueden identificar y entender como el desarrollo o complemento por emergencia de las normas legales o convencionales que son su base ya que cada protocolo contendría las normas disciplinarias pertinentes a la especialidad y los acontecimientos y hechos que contemplan como objetos de trabajo de las especialidades médicas

constantemente adecuadas a las políticas gubernamentales del sector o como en la situación que vivimos, las de emergencia.

Los protocolos como instrumentos normativos disciplinarios, procuran ser una construcción "técnica" de los expertos en torno a las metas de las políticas públicas, en este caso sanitarias, desde su construcción en base a los acontecimientos pasados o experiencias de otros espacios que les sirven de base o referencia, en algunas circunstancias por falta de actualización pueden ser inapropiados e imprecisos, para la acertada conducción de los actores de un acontecimiento como la pandemia del COVID-19, en el que la insuficiente información científica inhibe las respuestas definitivas, y obligan a los actores a construir una disciplina abstracta e hipotética para el comportamiento de la población, esperando construir escenarios más o menos sostenibles de manejo de un fenómeno como el Corona Virus.

En torno a nuestro objeto de análisis y como planteamos en nuestros ejemplo, la incerteza y la precariedad se hicieron patentes en el caso del Sr. Richard Sandoval y seguramente ocurrirá en el de mucha gente anónima, por lo que se hace imprescindible precisar el alcance del "sistema disciplinario", respecto al "sistema de legalidad" y procurar evitar algo que no es nuevo en Bolivia, el atribuir a los médicos y pacientes inconductas legales que no están comprendidas en el alcance de los protocolos legítimamente adoptados en un Estado de Derecho.

El denominado **"sistema de seguridad"** que complementando y seguramente dirigiendo los anteriores, trabajaría desde la omni-comprensión social y técnico/sanitaria de los componentes de la pandemia, en sus datos los más precisos posible de infraestructura, equipamiento, médicos, población estratificada, grupos hetáreos, organización institucional para el seguimiento de la pandemia, con el propósito de "captar con anticipación el punto donde las cosas van a producirse" mirándola en "su naturaleza o realidad efectiva", por ejemplo en las investigaciones para captar el porcentaje de riesgo en los grupos de riesgo y prever las "demandas" de terapia intensiva o identificar a la cantidad aproximada de los portadores de enfermedades de base y de este modo prever con alto grado de certeza, las medidas precautorias para (en lo posible) evitar los posibles desastres

La posibilidad de prever y a raíz de ello "especializar" al personal y los centros hospitalarios, los movimientos de las personas que trabajan en las instituciones públicas y privadas, el seguimiento de los enfermos sintomáticos/asintomáticos, sería la vocación del **"sistema de seguridad"** que basándose en la "razón de estado" y el uso de los recursos tecnológicos, buscaría proteger a una

población identificada y determinada tecnológicamente, este sistema apareja el riesgo de ignorar derechos fundamentales largamente acariciados por la cultura jurídica , como el derecho individual a una atención de salud adecuada, la vida y la seguridad de los diferentes segmentos, especialmente de los grupos de riesgo en la población, por ello este **"sistema de seguridad"** como pre requisito debe estar sujeto a un **"sistema legal"** de garantía de los derechos desde las hermenéuticas o datos extraídos del ordenamiento constitucional y legal, que unidos a la estadística poblacional, y afirmados en los protocolos disciplinarios y las competencias de los distintos niveles de gobierno (incluyendo los municipales), puedan ejercer sus funciones políticas asumiendo las previsiones suficientes para su buena ejecución.

La optimización del control sanitario de la población, mediante las pruebas generales y rápidas del COVID-19, su manejo a través de la segmentación informada del estado, dando el apoyo de infraestructura, logístico a las instituciones con capacidad de manejar e interpretar los datos y la evolución de la pandemia y sus efectos, serían el mejor modo de solventar las necesidades y posibilidades de la población en riesgo y los que tengan la desgracia de sufrir los peores efectos de la enfermedad, estos sentidos hacen a un **"sistema de seguridad, disciplinario y legal"** que el Estado Plurinacional debe respetar si quiere distribuir las responsabilidades personales e institucionales en la lucha contra la pandemia, para reforzar la pertinencia del enfoque les hago notar que de manera pertinente al "sistema mixto" intenta ser asumido por varios gobiernos municipales y departamentales, en el caso del Gobierno Departamental de Cochabamba y su Servicio Departamental de Salud estaría desarrollándose en un "Plan departamental de emergencia para la contención y mitigación del COVID-19" que en el sentido de las hipótesis de trabajo de este artículo, debe ser compatibilizado y asumido por los niveles normativos superiores para mantener la distribución institucional, competencial, eficaz, pertinente, legal y constitucional del Estado Plurinacional.

De no asumirse y compatibilizarse los distintos "sistemas" estaremos ante otra deuda política que los acontecimientos políticos futuros podrán en liza.

Referencias Bibliográficas

- Foucault, Michel: SEGURIDAD, TERRITORIO, POBLACIÓN, Curso del Collège de France (1977-1978), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires-Argentina, primera reimpresión 2006.

- MINISTERIO DE SALUD DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: https://www.minsalud.gob.bo/4020-gobierno-reporta-115-casos-positivos-de-covid-19-y-autoriza-a-laboratorios-publicos-y-privados-realizar-pruebas-de-diagnostico capturada el 01/04/2020
- MINISTERIO DE SALUD DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: https://www.minsalud.gob.bo/35-libros-y-normas/2472-normas-1-de-la-ursc. Capturada el 1/04/2020
- OPINION: periódico de Cochabamba, Bolivia. Tres hospitales habilitan salas de aislamiento en Cochabamba: miércoles 1ro de abril de 2020 https://www.opinion.com.bo/articulo/cochabamba/hospitales-habilitan-salas-aislamiento-cochabamba/20200312232705756221.html capturada el 1/04/2020.
- MINISTERIO DEL TRABAJO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA: https://boliviaemprende.com/noticias/compilado-de-resolucionesleyes-y-decretos-del-ministerio-de-trabajo-empleo-bolivia-covid-19
- Pando, Amalia: ¿Quién mato a Richard Sandoval?: 01/04/2020, https://www.youtube.com/watch?v=BHC3Tl0-MeA capturado el 02/04/2020

SUSTITUCIÓN O NO DE ALCALDES Y GOBERNADORES DESIGNADOS
Una Mirada desde el Enfoque Constitucional Boliviano

Por: Carlos Bellott [54]

Ponencia presentada en el Foro virtual: Sustitución de gobernadores y alcaldes no electos. Miradas desde el enfoque constitucional. Organizado y realizado por el Grupo de Estudio: "Constitución y Estado Plurinacional, el 5/05/2020 por Zoom

Resumen

Tanto en casos de ausencia definitiva como en ausencia temporal de los/as gobernadores/as y alcaldes/as electos titulares, sus respectivos órganos legislativos, no sólo tienen la atribución sino la obligación de designar un/a reemplazante, conforme al principio de subsidiariedad. En caso de ausencia temporal, corresponde aplicar la figura de suplencia; mientras en caso de ausencia definitiva, la sucesión. En ambos casos, luego de su designación, esos alcaldes/as y gobernadores/as no pueden ser sustituidos por otro/a legislador/a, ya que tal acción, al ser una intervención sobre la continuidad o no de la máxima autoridad del otro órgano, va contra el principio de separación de órganos. La suplencia es hasta cumplir el tiempo de ausencia temporal del titular y la sucesión hasta la conclusión del periodo de mandato, incluyendo la prórroga excepcional.

Palabras clave: ***Ausencia temporal y definitiva, suplencia y sucesión de gobernador o alcalde, separación de órganos de gobierno, gobiernos autónomos departamentales y municipales, autonomía, descentralización del Estado, Bolivia.***

Introducción

En la transición política actual en Bolivia existen máximas autoridades de órganos ejecutivos, tanto electos como sucedidos de sus órganos legislativos ante la ausencia definitiva de sus titulares. Al haberse prorrogado el mandato de las autoridades electas -por el conflicto político de noviembre de 2019 que terminó anulando las elecciones generales del 20 de octubre y disponiendo la realización de unas nuevas- también el mandato de tales autoridades se prorrogó hasta la elección y posesión de unas nuevas. Sin embargo, muchos órganos legislativos de gobiernos municipales y

---

[54] Carlos Bellott López es diplomado en investigación, en educación superior y en derecho administrativo; especialista en técnica normativa, con estudios de maestría en derecho constitucional y en gobernanza y políticas públicas. Fue coordinador de subalcaldías (Alcaldía) y Responsable de Proyectos Normativos (Concejo Municipal) en GAM de Cochabamba, Director de Desarrollo Legislativo y Competencial en la Asociación de Gobiernos Autónomos Municipales de Cochabamba (AMDECO), Especialista en Autonomías en la ACOBOL, Director de Autonomía en FAM-Bolivia y Asesor de despacho del Ministerios de Autonomías como especialista en desarrollo de la autonomía. En diciembre de 2019 presentó la iniciativa legislativa ciudadana para la prórroga de mandato de las autoridades electas, mismo que fue admitido y tras ajustes, sometido a control de constitucionalidad previa (DCP 1/2020) y aprobado como Ley 1270. Actualmente es miembro del directorio del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) en Bolivia, consultor independiente, además de docente de posgrado en varias universidades.

departamentales, ante la conclusión del periodo de mandato 2015-2020 el 31 de mayo e inicio de la prórroga excepcional el 1 de junio, a momento de renovar sus directivas, están considerando renovar también a sus gobernadores y alcaldes designados. En Oruro se sustituyó ya al gobernador de ese departamento y, en Santa Cruz, se está en un conflicto por también hacer lo mismo con el alcalde de Montero. En muchos otros lugares están analizando su posibilidad jurídica, por lo cual se ve necesario revisar el tema desde una mirada constitucional.

1. Suplencia temporal vs sucesión de mandato

Para responder a la pregunta de si constitucionalmente se puede o no destituir alcaldes y gobernadores designados por sus Legislativos en la actual transición política, es importante partir de la diferencia conceptual entre la ausencia temporal y la usencia definitiva, así como de la diferencia entre la suplencia y la sucesión:

1) *Ausencia temporal y suplencia del cargo*. La ausencia temporal es aquella donde la autoridad se ausenta por un tiempo determinado (por viaje, licencia o lo que fuere). En estos casos, el órgano legislativo de ese gobierno designa a uno/a de sus miembros para suplirle. En caso de que exista un/a vicepresidente, vicegobernador/a o vicealcalde/sa, la suplencia le corresponde a este/a. La suplencia es, entonces, una especie de interinato, hoy más comúnmente usado bajo el término compuesto de "suplencia temporal", en función a lo manejado por el art. 286.I de la Constitución.

2) *Ausencia definitiva y sucesión de mandato*. La ausencia definitiva, en cambio, es aquella que se da después de medio periodo de mandato, y se tiene claro que el gobernador/a o alcalde/sa electo/a no retornará al cargo (por renuncia, muerte, etc.) y no se elegirá otro/a. En este caso, ya no se trata de una suplencia -dado que no es temporal- sino de una sucesión de mandato, por lo que esa autoridad sucesora asume la titularidad del cargo hasta la conclusión del periodo de mandato (DCP 22/2014: FJ.III.11.2.3). Por lo mismo, no puede ser reemplazada por otra autoridad durante ese tiempo, así como tampoco antes del término del plazo establecido en caso de suplencia temporal.

Entonces, en casos de ausencia temporal aplica la suplencia, mientras en casos de ausencia definitiva, aplica la sucesión.

2. Mecanismos y obligatoriedad de la suplencia y sucesión

La naturaleza de la suplencia y de la sucesión, en caso de gobiernos subnacionales, debe estar normado clara, sustantiva y procedimentalmente en el estatuto o carta orgánica correspondiente (CPE art. 286), no así en un reglamento. Sin embargo, la forma de designación del reemplazante del Ejecutivo, al interior del órgano legislativo, puede estar establecida en su reglamento interno, teniendo en cuanta que su efecto alcanza únicamente al interior del propio órgano legislativo (DCP 3/2014). En caso de no tener estatuto o carta orgánica vigente, mientras tanto, en todo caso, podrían normarlo mediante una ley orgánica autonómica.

La suplencia y la sucesión no solo es constitucionalmente posible sino obligatoria. Esto, en función al principio de *subsidiariedad*, que no aplica sólo entre gobiernos sino también entre órganos de gobierno. Sobre esto, el art. 5.12 de la Ley Marco 031 de Autonomías y Descentralización, al desarrollar el principio de *subsidiariedad* previsto en el art. 270 de la Constitución, dice: " […] Los órganos del poder público tienen la obligación de auxiliar y sustituir temporalmente a aquellos que se encuentren en caso de necesidad […]". Esto no sólo aplica a ausencia temporal sino también a la ausencia definitiva.

Por lo mismo, la sucesión y la suplencia no van contra el principio de *separación de órganos*, siendo más bien obligatoria en función al principio de *subsidiariedad* y al principio de *cooperación entre órganos* de gobierno (CPE art. 12.I; Ley 031 art. 12.II).

Con la renuncia de los seis gobernadores y más de 30 alcaldes electos (Los Tiempos 20/11/2019) durante la insurrección urbana de noviembre pasado, se ha producido en esos cargos una ausencia definitiva. Por esta razón, lo que correspondió no fue su suplencia temporal sino la sucesión de mandato. Esto, implica la asunción de la titularidad como nuevos alcaldes y gobernadores por parte de sus reemplazantes designados por sus órganos legislativos.

Sobre esto, la Declaración Constitucional Plurinacional Nº 22/2014, nos dice:

> Si la causa de alejamiento se produjese después de cumplirse la mitad del periodo de mandato, el reemplazante deberá concluir el periodo de mandato restante, en condición de

> titular […]; en este caso, la función pública se ejercerá hasta la conclusión del periodo legal, por lo que ya no es propio considerar esta fase como una forma de suplencia, porque se trata de una situación jurídica definitiva que no se encuentra ligada a la situación jurídica del titular (DCP 22/2014: FJ.III.11.2.3).

En el caso del gobierno central, la sucesión de mandato está claramente definida: primero le corresponde al vicepresidente. Si también se encuentra en ausencia definitiva, le corresponde a la presidencia del Senado y, en su defecto, a la presidencia de Diputados (CPE art. 169.I).

En el caso de los gobiernos subnacionales, como ya se dijo, esa sucesión no está desarrollada por la Constitución, sino que ésta da mandato a que se establezcan en los estatutos autonómicos y cartas orgánicas (CPE art. 286). Ante la necesidad de aplicarla, en aquellos gobiernos donde no tienen vigente tal norma básica, aplican lo establecido en su reglamento interno. En el caso de los gobiernos autónomos municipales, aplican la Ley supletoria Nº 482. La práctica común en los gobiernos subnacionales -así como también lo establece esta ley supletoria- es que la sucesión se de por elección del pleno de su órgano legislativo, por lo que podría recaer en cualquiera de sus miembros, salvo en el caso municipal, donde la ley supletoria dice que debe ser de la misma organización política que el alcalde/a en ausencia (Ley 482 art. 16.30).

En caso de normar el tema en el estatuto o carta orgánica, los estatuyentes tienen la potestad de establecer una sucesión similar a la del gobierno central, incorporando un vicegobernador/a o vicealcalde/sa[55] para que sea su sucesor/a inmediato/a. Esto es posible, sobre todo, para la sucesión de mandato, dado que el art. 286.II de la Constitución no habla específicamente de una autoridad del legislativo sino de una "autoridad ya electa". De existir tal autoridad en el Ejecutivo, recaería primeramente en ella y, en su ausencia definitiva, recién en la presidencia de su órgano legislativo. En caso de no existir un/a "vice", entonces -obviamente- tendría que el/la sucesor/a provenir del órgano legislativo, pudiendo recaer directamente en la presidencia de este o, manteniendo la costumbre, ser elegido/a por sus miembros.

3. Posibilidad constitucional o no de la destitución de alcaldes y gobernadores designados

[55] Extrañamente el Tribunal Constitucional Plurinacional, en uno de sus precedentes, dice que no se puede incorporar la figura de vicealcalde, aunque sí admite la figura de vicegobernador, pese a que tal figura -de "vice"- se sustenta en el mismo artículo de la Constitución, que es el 286.

Ante ausencia definitiva, una vez dada la sucesión y constituirse en el nuevo/a gobernador/a o alcalde/sa titular, el legislativo ya no puede removerlo/a. De hacerlo, esto sí iría ya contra el principio de separación de órganos, dado que se estaría interviniendo en la continuidad o no de la máxima autoridad del otro Órgano. Ese nuevo/a alcalde/sa o gobernador/a, al asumir la titularidad del cargo, deja de ser parte del órgano legislativo, por lo que no se puede pretender desde el legislativo retrotraerlo nuevamente, para designar a otro/a.

En el caso de la presente transición política, los alcaldes y gobernadores que fueron designados ante la ausencia definitiva de los titulares electos, ante la sucesión de mandato, son los gobernadores/as y alcaldes/as titulares hasta la conclusión del periodo de mandato 2015-2020. Al haberse anulado el acto eleccionario del 20 de octubre de 2019, haberse dispuesto la realización de nuevas elecciones generales el 2020 (Ley 1266 art. 2) y, ante la imposibilidad de su concurrencia con las elecciones subnacionales previstas para abril de 2020, ésta haberse también pospuesto hasta 120 días después de las elecciones generales (Ley 1269 art. 2.II) -es decir, en caso de que se consolide el acuerdo de realizar las elecciones generales el 6 de septiembre de 2020, hasta el 3 de enero de 2021- en función a la Declaración Constitucional Plurinacional Nº 0001/2020, se prorroga ese periodo de mandato constitucional, tanto de las autoridades electas del nivel central como de los gobiernos subnacionales, hasta la elección y posesión de unas nuevas. Esto se lo hizo mediante la Ley Excepcional Nº 1270 de Prórroga del Mandato Constitucional de Autoridades Electas del 20 de enero, la cual dice:

> Excepcionalmente se prorroga el mandato de la presidenta del Estado Plurinacional, las y los Asambleístas de la Asamblea Legislativa Plurinacional y las Autoridades Electas de las Entidades Territoriales Autónomas elegidas para el periodo 2015-2020 hasta la posesión de las nuevas autoridades para el periodo 2020-2025 (Ley 1270 art. 4)

Así, se prorroga el mandato tanto de las autoridades del órgano legislativo como del ejecutivo. ¿Cuales son las autoridades titulares del órgano ejecutivo? Pues las electas el 2015 para esos cargos, y también las designadas por el Legislativo ante la ausencia definitiva de esos titulares electos. Por lo mismo, no corresponde sustituirlos.

Como hace poco escribió Faviola Porcel en uno de sus comentarios en un grupo de Facebook (28/05/2020), en el actual diseño constitucional y legal, ya no existe la censura parlamentaria en contra del alcalde y tampoco en contra del gobernador/a (esto último nunca existió), como solía

haber el anterior modelo preconstitucional. Por tanto, no existe un mecanismo constitucional y legal que posibilite aquello. Por lo mismo, no se puede sustituir a esos nuevos gobernadores y alcaldes designados por el Legislativo.

En tal sentido, la única forma en que un/a alcalde/sa o gobernador/a -al igual que el presidente/a- sea sustituido es ante una de las situaciones previstas en los arts. 28, 117, 170, 234.4-5 y 286.II de la Constitución Política del Estado. Es decir, ante renuncia personalmente presentada tanto en su órgano legislativo como en el órgano electoral (que no sea producto de presión por parte de fuerzas sociales, políticas o militares, sino de libre decisión), ante fallecimiento, inhabilidad permanente, sentencia condenatoria ejecutoriada en causas penales, entre otras.

4. Argumentos de los impulsores de la sustitución de alcaldes y gobernadores designados

Entre los argumentos que se maneja entre los impulsores/as de la sustitución de gobernadores/as y alcaldes/as, están los siguientes[56]:

1. "si el órgano legislativo deroga la resolución o ley con la que designó al alcalde o gobernador, este quedaría sin respaldo legal. Al quedar sin efecto tal norma de su designación, quedaría automáticamente destituido" (una asambleísta departamental en conversación privada con el autor del presente texto).

2. "si no está normada la sucesión y destitución del alcalde o gobernador, el legislativo puede decidir sobre ello" (un técnico jurídico de un concejo municipal en una discusión de grupo de WhatsApp).

Este último argumento, se debe entender en el sentido de que, si bien los órganos legislativos tienen un amplio margen para tomar decisiones -limitado únicamente por los derechos, garantías y principios constitucionales- esa amplitud se da únicamente en el marco de su facultad legislativa[57] (en el sentido de acto normativo); no así en su facultad ejecutiva[58] (que también tienen, pero

[56] Por respecto al derecho a la privacidad de las conversaciones no públicas, prevista en el art. 25.I de la CPE, no se revela la identidad de las fuentes.

[57] Es la potestad de hacer leyes que tiene un gobierno al ejercer una competencia, la cual es atribución únicamente del órgano legislativo (CPE art. 297.I; SCP 2055/2012)

[58] Es la potestad de hacer diagnósticos situacionales, planificar, ejecutar y evaluar que tiene un gobierno al ejercer una competencia. Implica también prestar servicios gubernamentales y servicios públicos. Las decisiones formales al ejercer la facultad ejecutiva se hacen mediante actos administrativos y mediante actuaciones administrativas (aquellos que no son propiamente actos administrativos como, por ejemplo, la aprobación del POA). Si bien la facultad ejecutiva es atribución del Órgano Ejecutivo, esto no es absoluto ya que, ante mandatos expresos de la Constitución, puede también el órgano legislativo u otro, ejercer ciertas atribuciones específicas propias de la facultad ejecutiva (DCP 1/2013, FJ III.4.1).

únicamente ante mandato específico de la Constitución, como es el caso de la designación de la máxima autoridad del Ejecutivo ante su ausencia). La designación del alcalde o gobernador no es un acto normativo[59] sino un acto administrativo[60] (así se lo haga con ley). Estos actos -administrativos- están estrictamente sujetos al principio de legalidad que rige en la administración pública (CPE art. 232). ¿Qué quiere decir esto? Que cualquier acto -y actuación- administrativa en la función pública debe estar habilitada por un acto normativo, es decir, por una norma abstracta (Constitución, ley o reglamento) amparada mínimamente en la ley, sobre todo cuando afecta a derechos y garantías, de forma directa o indirecta (CPE art. 109.I).

Respecto a la estrategia de abrogación del instrumento institucional mediante la cual se hizo la designación para suspender al alcalde o gobernador (resolución u otro), tampoco es un razonamiento correcto, ya que la designación (acto administrativo) se hace con una resolución -u otro instrumento- y la destitución (otro acto administrativo), con otra resolución, no así, abrogando la designación, ya que la vigencia de ésta se agota con su cumplimiento, es decir, al haber la persona asumido el cargo (ver naturaleza del acto administrativo en notas). Por ejemplo: Cuando se emite un memorando de nombramiento de personal para un puesto de trabajo, a este ocupante del cargo no se lo destituye anulando el memorando de su nombramiento sino con otro memorando, pero de despido, ya que el primero dejó de estar en vigencia a momento de que la persona asumió el cargo. Funciona del mismo modo en caso de las designaciones[61] de cargos.

---

[59] Acto de carácter abstracto, efecto general (vinculante) y vigencia permanente. Carecen de condición de ejecutoriedad (López 2011: 63-66). Los instrumentos para el acto normativo pueden ir desde un simple manual procedimental o protocolo hasta un reglamento o una ley. La propia Constitución y las normas internacionales son actos normativos. Estos se presumen de constitucionalidad (Ley 254: art. 4), por lo que su forma de impugnación es la acción de inconstitucionalidad abstracta y concreta (Ley 254: arts. 72 al 84).

[60] Acto de carácter concreto y efecto particular. Su vigencia se agota con su cumplimiento y goza de ejecutoriedad (López 2011: 55-62). El instrumento para realizar el acto administrativo puede ser desde un simple comunicado formal, hasta un memorando, una resolución, un decreto e incluso una ley. Están sujetos al principio de legalidad, por lo que deben necesariamente enmarcarse en los actos normativos aplicables. Por esta razón, son susceptibles de caer en delito de "resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes" (CP art. 153), a diferencia de los actos normativos que no. La forma de impugnar un acto administrativo es la vía administrativa (revocatorio y jerárquico) que puede llegar a la jurisdicción ordinaria (contencioso administrativo) o directamente, y posteriormente hasta el TCP o directamente mediante una acción de defensa (amparo constitucional), según corresponda.

[61] En la administración pública, la diferencia de uso del instrumento en caso de nombramientos (cargos de libre nombramiento y de carrera administrativa) y de designación (cargos de designación) es que en el primero se usa memorando y en la segunda resolución o decreto. Un alcalde o gobernador corresponde a cargo electo, razón por la que no existe un memorando o resolución de su nombramiento sino una credencial de electo otorgado por el órgano electoral. Sin embargo, cuando existe ausencia -temporal o definitiva- de ese alcalde o gobernador electo, no se le otorgará otra credencial a quien le suceda, ya que no fue electo para el cargo, sino que simplemente llena un vacío de poder, por lo que, la figura que corresponde es la suplencia o sucesión que implica la designación del cargo por parte del órgano legislativo (es mejor no decir: electo, así se aclare que por el Legislativo, ya que podría confundirse). Sin embargo, continúa siendo propiamente un cargo electo, no así un cargo de designación, conforme al art. 5 de la Ley 2027.

Por lo tanto, esos argumentos manejados por muchos técnicos jurídicos y autoridades legislativas, para fundamentar la intensión de sustituir a los/as gobernadores/as y alcaldes/as, no son correctas. Es aconsejable que se revise algo de doctrina sobre derecho administrativo y, sobre todo, los precedentes constitucionales existentes sobre el tema, ya que, de hacerlo sin verificar su constitucionalidad, se correría el riesgo de incurrir en delito de "resoluciones contrarias a la Constitución y las leyes" (CP art. 153). En caso de consignas por parte de las fuerzas políticas al interior de los órganos legislativos para sustituir al alcalde/sa o al gobernador/a, lo más recomendable para los legisladores/as que no estén seguros/as, será que se abstengan en la votación.

Conclusiones

En conclusión, en casos de ausencia temporal del alcalde/sa o gobernador/a, procede la suplencia por parte de una autoridad del órgano legislativo (salvo que haya un/a vicegobernador/a o vicealcalde); en cambio, en casos de ausencia definitiva, procede la sucesión y no así la suplencia. Una vez efectuada la suplencia y, en su caso, la sucesión, en función al principio de separación de órganos (CPE art. 12.I; Ley 031 art. 12.II), en ninguno de los dos casos procede la sustitución de esas autoridades enviadas al Ejecutivo. En el caso de la suplencia, éstos permanecen sin ser removidos por el tiempo que dura la ausencia temporal. En el caso de la sucesión, ese nuevo alcalde o gobernador permanece hasta la conclusión del periodo de mandato, y ante la prórroga de este, continúa hasta la finalización de esa prórroga. Eso dado que la autoridad que fue inicialmente legislativa, al migrar al otro órgano, se convierte en autoridad ejecutiva, tanto en el caso de la suplencia como de la sucesión, con la diferencia de que en este último asume la titularidad del cargo ejecutivo y deja de ser parte del órgano legislativo hasta la finalización del periodo y prórroga de mandato.

Referencias bibliográficas

- Bellott López, C. (7/06/2020). ¿Pueden ser sustituidos alcaldes y gobernadores no electos? (columna de opinión). Cochabamba, Bolivia: Diario Opinión. Recuperado de: https://bit.ly/3762lBN

- Bolivia, AC (2009). Constitución Política del Estado Plurinacional. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, ALP (2010). Ley Marco No 031 de Autonomías y Descentralización "Andrés Ibáñez". La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, ALP (2012). Ley No 254 Código Procesal Constitucional. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, ALP (2014). Ley Supletoria Nº 482 de Gobiernos Autónomos Municipales. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, ALP (2019). Ley Nº 1266 de Régimen Excepcional y Transitorio para la Realización de Elecciones Generales. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, ALP (2019). Ley Excepcional Nº 1269 para la Convocatoria y la Realización de Elecciones Subnacionales. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, ALP (2020). Ley Excepcional Nº 1270 de Prórroga del Mandato Constitucional de Autoridades Electas. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, CN. (1972). Ley Nº 10426 Código Penal. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, CN. (1999). Ley Nº 2027 Estatuto del Funcionario Público. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial.
- Bolivia, TCP (2014). Declaración Constitucional Plurinacional Nº 0003/2014; Nº 0022/2014. Sucre: Gaceta Oficial del TCP.
- Bolivia, TCP (2014). Declaración Constitucional Plurinacional Nº 0022/2014. Sucre: Gaceta Oficial del TCP.
- Bolivia, TCP (2020). Declaración Constitucional Plurinacional Nº 0001/2020. Sucre: Gaceta Oficial del TCP.
- León, Y. (20/11/2019). La configuración de alcaldías y gobernaciones tras la renuncia de autoridades. Edi. Diario Los Tiempos. Recuperado de: https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20191120/configuracion-alcaldias-gobernaciones-renuncia-autoridades
- López Hidalgo, P. S. (2011). El Estado Constitucional y la Inconstitucionalidad de los Actos Administrativos con Efectos Generales. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo. Ecuador: Universidad Católica de Loja.

- Porcel, F. (28/05/2020). Comentario al post de Miguel Ángel Foronda, sobre la noticia del diario La Patria respecto de la posibilidad de cambiar al gobernador de Oruro. Publicado en el grupo de Facebook "Proceso Autonómico Boliviano: Avances, retrocesos y estancamientos". Recuperado de: https://www.facebook.com/groups/1621541908087386/

El constitucionalismo reflejado en las acciones del gobierno frente a una pandemia mundial

Adriana Mérida[62]

Palabras Clave: Constitucionalismo, Estado de Derecho, Derechos Humanos, Libertad de expresión, Políticas de Gobierno, Herramientas electrónicas, Pandemia, Aislamiento.

¿Qué es Constitucionalismo? Una definición corta y concreta que expresa la palabra en su totalidad, hace la mención del título de un artículo realizado por Salazar Ugarte, quien recopila las ideas y aportes de Norberto Bobbio, "Un puente entre el poder y el derecho".[63] Es la relación entre dos términos que no pueden existir uno sin el otro, el derecho legítima al poder y el poder no puede ser ejercido sin el derecho. Por esta importancia, desarrollo el presente análisis sobre la relación del Constitucionalismo con las contemplaciones y limitaciones que el Gobierno debería considerar en su accionar frente a este pandemia, con la estrecha y válida relación en las políticas ejercidas por un Estado, acercándonos de esta manera a: "La clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y, en este sentido, la constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política".[64]

Para poder entender la extensión del mismo, está el Derecho Procesal Constitucional,

"Conjunto de normas que regulan el proceso constitucional,[…] se ocupa de poner en actividad a la jurisdicción constitucional entendida ésta como el control de la defensa y la interpretación de la Constitución".[65] Dejando en claro los derechos constitucionales, la organización del poder y la distribución de los derechos. Llegando al cometido de ser, "Una constitución que está ansiosa para garantizar la imposición del orden, y por otro, una constitución que se preocupa de asegurar que

---

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas (Universidad Mayor de San Simón, Bolivia) Grado Asociado en Estudios Religiosos y Derechos de los Inmigrantes (Ivy Christian College, VA,EEUU) Miembro activo del IDEI, administradora de la cátedra virtual de Derecho Internacional Privado con Óscar Alba en el IDEI/UMSS.

2 Pedro Salazar Ugarte, EL CONSTITUCIONALISMO DE NORBERTO BOBBIO: UN PUENTE ENTRE EL PODER Y EL DERECHO: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/rt/printerFriendly/5756/7569 (Consulta, 13/04/20)

3 Joseph Aguiló Regla ,SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, Temis, Alicante,España.2004, pág.15.

4 Pablo Dermizaky, "EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL",Revista Boliviana de Derecho, pág. 2.

cada paso se tome de acuerdo con la plena aceptación de garantías y derechos".[66] Una frase pensada para definir la anhelada expectativa de accionar de los gobiernos en estas circunstancias.

Al vernos frente a diversos Decretos emitidos en una situación de extrema crisis, confronta al análisis y nos deja establecido del quebrantamiento del poder ejecutivo y el poder legislativo, demostrando un antagonismo total, cuando sería más patriótico y hasta humano unir fuerzas para afrontar esta epidemia, dejando de lado la política. Una pregunta que tiene mucho sentido y abre el análisis de este artículo es, "¿Cómo confrontar estos dramas con la ayuda de la ley?"[67]

Es posible mencionar muchos artículos que contempla la Constitución; considerados como deberes del Estado; como el derecho al agua y alimentación, educación, acceso a un seguro de salud, entre otros; pero en esta situación, cuando los Gobiernos deben tomar medidas en torno a una emergencia nacional, contra una pandemia mundial, ¿Cuál es el correcto accionar para cubrir y satisfacer todos estos derechos de la población? En esta conexión, es donde se llega a coincidir, con el tan afamado concepto de Constitucionalismo, quien es el que dirige y avala estas acciones. ¿Cómo se respeta el Estado de Derecho? Y ¿Cómo garantizan estos derechos sin avasallar los otros?

Para responder estas dos preguntas es necesario desarrollar los conceptos: Estado de Derecho, "Es la forma de Organización Política de la sociedad caracterizada por el predominio de leyes de alcance y cumplimiento general.[…]El Estado de Derecho supone la igualdad jurídica entre los ciudadanos, el reconocimiento de los derechos de todos los individuos y el necesario reconocimiento de los derechos de las minorías".[68] Cada paso que realice un Estado en protección de sus ciudadanos y cualquier acción conjunta o determinación, debe estar garantizada por la ley.

La Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/40/114 de 13 de Diciembre de 1985 establece, "Todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que la protección y promoción de una categoría de derechos jamás puede eximir ni excusar a los Estados de la promoción y protección de los demás derechos".[69] En este

---

5 Roberto Gargarella, "LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM,1810-2010:THE ENGINE ROOM OF THE CONSTITUTION", pág.157.
6 id. Cit. pág.2.
7 Juan Mari Lois, "DERECHOS HUMANOS UNA ASPIRACION DE TODOS Y TODAS ENSAYO PARA ESTUDIAR DERECHOS HUMANOS";pág.24
8 RESOLUCIONES APROBADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL, DURANTE EL 40*PERIODO DE SESIONES: https://www.un.org/es/documents/ag/res/40/list.htm (Consulta, 15/04/20)

entendido, no se puede justificar ningún accionar en contra de algún derecho por proteger otro o catalogar unos de mayor necesidad o prioridad ante otros.

Analicemos algunas de las acciones realizadas por el Gobierno de Bolivia:

La pandemia nos deja claramente tres ideas en las que giran estos acontecimientos:

1) Políticas de Gobierno empleadas en una situación de emergencia.
2) Herramientas electrónicas que suplantan el movimiento cotidiano de una sociedad.
3) Aislamiento, como nueva forma de convivir, traducida en nuevas relaciones interpersonales.

1) Políticas de Gobierno, ¿Inmersas en acciones basadas en la Constitución? Normas que, ¿Abarcan y contemplan la ley?

"El Estado hace a un lado a las Instituciones democráticas para salvar la democracia".[70] Paradójico pero real, en uno de los varios y actuales debates frente a las acciones ejecutadas por el Gobierno de transición, en esta pandemia, que da nacimiento a diversos análisis, desarrollados en los conflictos suscitados. Citaremos dos de los casos en controversia, el primero, el dilema de los Ciudadanos Bolivianos en la frontera con Chile, retenidos en cuarentena. Por un lado, el Gobierno, dice haber creado un campo de aislamiento en buenas condiciones con todos los requerimientos que ameritan las circunstancias, en contraparte, diferentes analistas y defensores de los Derechos Humanos, critican esta medida, de obstruir la libertad de los migrantes de poder acceder al derecho de regresar libremente a su País y de estar viviendo en condiciones infrahumanas. El segundo, es la controversia referente al (Decreto Supremo 4200 de 25 de Marzo de 2020, Art. 13.II), que señala, "Las personas que inciten al incumplimiento del presente decreto supremo, desinformen o generen incertidumbre a la población, serán sujeto de denuncia penal".[71]

---

9 LA NACION: Periódico argentino,PARA LOS FILOSOFOS EL MUNDO YA NO SERA EL MISMO DESPUES DE LA PANDEMIA, Sztajnszrajber Dario https://google.com/amp/s/lanacion.com.ar/cultura/ (Consulta,13/04/20)
10 Decreto Supremo No. 4200 de 25 de Marzo de 2020: http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/listadonor/11 (Consulta,14/04/20)

Relatoría Especial para la libertad de expresión (CIDH), ha manifestado su preocupación por este Decreto, catalogándolo como, "desproporcionado el uso del Derecho Penal para criminalizar expresiones de interés público".[72]

También ha sido criticado por Human Rights Watch (HRW) Institución Internacional de Vigilancia de los Derechos Humanos, que sostiene, "Incluye una disposición excesivamente amplia y vaga que habilita a las autoridades a procesar penalmente a quienes etiqueten políticas públicas"[73] (y es que es muy amenazante no poder emitir un comentario, información o por ultimo un pensamiento propio, con cierta amenaza de ser aprendido por ello), cruza la barrera de la libertad de expresión, aunque la PGE sostenga, que es una prevención de desinformación y no la restricción a esta libertad.

El sector en alarma roja en todo el mundo es el Sistema de Salud: Es necesario mencionar que los anteriores catorce años de gobierno, lamentablemente no fueron suficientes para aprovechar la bonanza económica y reconstruir con ello algo que era básico e indispensable para toda sociedad, más aún, dedicarle prioritario interés a una en desarrollo, pero siendo optimistas y para no entrar en la repartición de culpas, sinteticemos como una consecuencia de una responsabilidad conjunta de falta de proyectos de gobiernos que dejaron de lado un pilar fundamental como es el sector de la salud.

Recordemos que los últimos acontecimientos empezaron; podríamos llamarlo; como un grito de desesperación, que fue la llama que inicio el gran descontento en contra del anterior gobierno; los médicos que reclamaban la falta de atención y exigían la anulación de un código que los penalizaba y no aportaba a las necesidades que se exigían y que ahora vemos más claras que nunca.

2) Herramientas electrónicas que suplantan el movimiento cotidiano de la sociedad.

Telecomunicaciones: Como siempre todo está escrito y establecido, pero ¿Se aplica de manera correcta? ¡Un tercio, con suerte! Pero sigamos con el enfoque de manera positiva, bueno... existe

---

11 PAGINA SIETE:Diario Nacional Independiente:Relatoría especial de la CIDH expresa preocupación por Decreto 4200 en Bolivia http://www.paginasiete.bo/nacional/2020/4/11/relatoria-especial-de-la-cidh-expresa-precupacion-por-decreto-4200-en-bolivia-252395.html (Consulta,14/04/20)

12 OPINION: Periódico de Cochabamba, Bolivia. HUMAN RIGHT WATCH APUNTA AL GOBIERNO POR AMENAZAS A LA LIBERTAD DE EXPRESION http://www.opinion.com.bo/articulo/pais/human-rights-watch-inta-gobierno-derogar-disposicion/20200407194155760922.amp.html (Consulta, 14/04/20)

una ley, La ley General de Telecomunicaciones, Ley No 164, está vigente desde el 2011, ¿Que sabemos sobre esta Ley? Siendo tan importante y necesaria, cuando este conflicto ha puesto en evidencia la gran necesidad de usar las herramientas electrónicas en todos los niveles, más aún, en esta transformación por la que está pasando la sociedad por causas de fuerza mayor.

Como indica una reflexión realizada en un artículo referente al tema, "Es urgente encontrar modos de trabajar sin juntarnos físicamente".[74] Será este el gran desafío en el tiempo que viene, para suplantar la presencia física en torno a un conjunto de herramientas que deben suplantar dicha necesidad exigida por la seguridad de preservar la salud e integridad de los ciudadanos.

Dentro de este tema, es relevante mencionar el acceso universal y equitativo establecido en la (CPEP, art. 20.I) que indica, "Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos,[…] y telecomunicaciones."[75] (y acá una gran controversia y conexiónn de la dificultad de poder contar con un acceso a plataformas educativas), que empiezan a ponerse en marcha por el estado de emergencia, pero con la susceptibilidad y realidad de que a muchos les será difícil y complicado acceder a las plataformas digitales de avance educativo.

Derecho que tiene relación con uno de los objetivos de la (Ley No 164, art. 2.2), donde señala, "Asegurar el ejercicio del derecho al acceso universal y equitativo a los servicios de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación".[76]

Esta ley tiene por objeto promover el desarrollo de las telecomunicaciones de información y comunicación de servicio postal; objetivo realmente importante que contempla dicha Ley, sin aún tener un gran impacto en nuestro País, sobrepasando a un objetivo que debería ser contemplado como un cimiento básico para poder desarrollar este; de manera estructurada, competitiva y deseada para así dar paso al acceso de poder promover un desarrollo estudiantil basado en una herramienta electrónica, para garantizar el avance de todos los estudiantes y así dar continuidad al derecho de la educación, al tener que ser de suma urgencia, su utilización por la prohibición de asistencia, en resguardo de la salud como respuesta a la pandemia mundial; para garantizar un

---

13 OPINION: Periódico de Cochabamba, Bolivia. A TELE-TRABAJAR POR INTERNET,(Carlos Bellot) https://www.opinion.com.bo/opinion/carlos-bellott/tele-trabajar-internet/20200403131603760051.html (Consulta, 15/04/20)

14 CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL. Ley No 2650 de 07 de Febrero de 2009, pág.11.

15 LEY No 164 LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, TECNOLOGIAS DE INFORMACION Y COMUNICACION https://www.minedu.gob.bo/files/documentos-normativos/leyes/ley_164___ley_general_de_telecomunicaciones_tecnologias_de_informacin_y_comunicacion.pdf (Consulta, 15/04/20)

derecho fundamental reconocido por la (CPEP, art. 17) Derecho a recibir Educación, mencionando diferentes maneras, contemplando dentro de ellas la educación “integral”; obstruida, frenada por una incompetencia de abastecimiento de mecanismos electrónicos a todos los ciudadanos en pleno siglo XXI. Y ver que no solamente existen deficiencias en un sistema de salud como nos muestra la actual realidad, si no también en el sistema educativo, más allá de los que ya se conocen.

El factor económico limita el acceso acceso a un “privilegio” como es el internet. ¿Qué hacemos? ¿Nos quedamos en el cómodo conformismo de no buscar soluciones y simplemente prohibir iniciativas de avance y mejoras en el sistema educativo? Cuando nos percatamos de la necesidad y no solo nos pone al frente de cuestionables maneras de solucionar este problema, si no, a como nos encontramos viviendo en todas y en cada una de las esferas sociales, donde unos cuentan con ciertos privilegios que otros no, pero la actual situación encuentra el nexo de estos privilegios con uno de los derechos fundamentales que tiene toda persona, como reconoce la Constitución, el derecho a recibir educación.

Pero algo que se debe reconocer, en los temas que están alrededor de toda esta situación, es que el Gobierno ha ido dando respuestas; unas acertadas, oportunas y otras contradictorias y cuestionadas; una de ellas en respuesta a este dilema, es el Decreto Supremo 4218, referido al Teletrabajo, es una respuesta, un avance, no del todo extenso, ya que no contempla un factor tan importante como es la educación, ni determina el funcionamiento general referente al Teletrabajo.

3) Aislamiento como nueva forma de convivir, traducida en nuevas relaciones interpersonales.

Está claro que la situación actual por la que atraviesa el mundo nos tomó de sorpresa a todos, en aspectos que son fundamentales y base de una sociedad, como la salud, la educación, la economía y el aspecto jurídico, que da nacimiento a muchos debates de expertos en leyes cuestionando acciones de los diferentes Gobiernos del mundo.

¿Cómo actuar frente a una situación de crisis? Es una difícil tarea que ha tocado no solo a los Gobiernos, sino también a las empresas, instituciones académicas y a todos los ciudadanos en general, todos con diferentes roles, diferentes escenarios y realidades; por ello mismo es difícil catalogar o defender una posición, ya que la haremos desde el lugar de donde estemos, sin conocer otras realidades que pueden ser más difíciles o complejas.

Es una pandemia que tocó al mundo y más allá de lo que ya se ha dicho en todos los escenarios posibles, como ser, científico, medico, ambiental, político, etc. Es bueno asimilar que es lo que viene después del torbellino y por sobre todas las cosas estar consciente de que toca adaptarnos a un nuevo estilo de vida; el saber analizar, discernir y aceptar que después de esto nada será como antes.

En medio de esta situación hay comparaciones de que lo que se vive actualmente es y será similar a una guerra mundial, al principio también compartía esta idea, pero cambia mi concepción errónea, al leer una entrevista realizada por El País a Alan Touraine, sociólogo francés, que responde a la pregunta de, ¿"Estamos en guerra? No, en una guerra existen ambos bandos, el virus no es un Jefe de Estado[…], esto es un aislamiento, es lo humano contra lo no humano".[77] Se siente una misma solidaridad por el hecho de que toda la humanidad está pasando por lo mismo y se encuentra al frente de algo inexplicable e invisible, donde las preguntas son más que las respuestas y solo nos queda protegernos ante un enemigo silencioso pero peligroso.

Sé que al escribir siempre se tiende a criticar y en este tiempo sería bueno aportar a la construcción de ideas, conceptos y proyectos que sumen en un avance positivo de lo que nos deja la actual crisis mundial.

Frente a lo expuesto llego a la conclusión de que es totalmente razonable tomar medidas que restrinjan ciertos derechos por la emergencia que esto requiere, pero nunca saliendo del ámbito de la legalidad y respetando este principio que implica no menospreciar los otros derechos.

Después de estos acontecimientos los cambios que existirán son ineludibles, para ello el Gobierno debe disponer una reorganización en su estructura, consciente de que implica un esfuerzo conjunto entre el Gobierno y población para que sean transformados en resultados positivos, ello engloba tiempo, planteamiento, educación y determinación.

Les dejo a ustedes la responsabilidad de analizar y responder si el accionar del Gobierno actual se encuentra dentro del marco constitucional y si estas acciones son satisfactorias para hacer frente a la situación de extrema de crisis.

---

16 El País, periódico global ,ESTA CRISIS VA A EMPUJAR HACIA ARRIBA A LOS CUIDADORES https://www.google/amp/s/elpais-touraine-esta-crisis-va-a-empujar-hacia-arriba-a-los-cuidadores.html%3foutputType=amp
(Consulta, 04/04/20)

Y al tratar de ser críticos, aportemos de alguna manera; pero es importante reconocer que el mundo cambio y que ahora más que nunca pudimos conocer las falencias que nos deja esta situación al haber estado frente a ellas y poder analizar, observar y convivir de cerca con los resultados que tenemos como País, como sociedad y como seres humanos, frente a un conflicto mundial que revolvió y nos mostró los resultados, las situaciones y las necesidades de las sociedades y de los individuos a la misma vez.

Y es que cuando pasa una crisis, siempre nos pone al frente de un espejo, con el reflejo de nosotros mismos, para ver la realidad que por muchos motivos estuvo oculta, ya sea por comodidad, ignorancia o falta de interés y esto se da en todos los ámbitos, desde el más real y complejo a lo más sub-real y utópico, en la vida de las personas y todos los contextos que estos abarcan.

Cochabamba, 17 de abril de 2020

Referencias Bibliográficas

- Aguiló Regla Joseph, SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, Temis, Alicante,España.2004.

- Constitución Politica del Estado Plurinacional. Ley No 2650 de 07 de Febrero de 2009. La Paz, Bolivia.UP.S.Editorial.S.R.L.

- Decreto Supremo No. 4200 de 25 de Marzo de 2020. Recuperado de http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/listadonor/11 (Consulta, 14/04/20)

- Dermizaky Peredo Pablo, EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL,Revista Boliviana de Derecho, núm. 4, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia. 2007.

- El PAIS: Periodico global: ESTA CRISIS VA A EMPUJAR HACIA ARRIBA A LOS CUIDADORES:Recuperado de: https://www.google/amp/s/elpais-touraine-esta-crisis-va-a-empujar-hacia-arriba-a-los-cuidadores.html%3foutputType=amp (Consulta, 04/04/2020)

- Gagarella Roberto, LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM,1810-2010:THE ENGINE ROOM OF THE CONSTITUTION, Oxfort University Press. New York.NY, USA. 2013.

- LA NACION: Periódico argentino, PARA LOS FILOSOFOS EL MUNDO YA NO SERA EL MISMO DESPUES DE LA PANDEMIA, (Sztajnszrajber Dario). Recuperado de https://google.com/amp/s/lanacion.com.ar/cultura/
- (Consulta, 13/04/2020)

- LEY No 164 LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, TECNOLOGIAS DE INFORMACION Y COMUNICACION. Recuperado de: https://www.minedu.gob.bo/files/documentos-normativos/leyes/ley_164___ley_general_de_telecomunicaciones_tecnologias_de_informacin_y_comunicacion.pdf (Consulta, 15/04/20)

- Mari Lois Juan, DERECHOS HUMANOS UNA ASPIRACION DE TODOS Y TODAS ENSAYO PARA ESTUDIAR DERECHOS HUMANOS. La Paz Bolivia, Grass Press s.r.l.Primera Edición.2009

- OPINION: Periódico de Cochabamba, Bolivia. A TELE-TRABAJAR POR INTERNET: Recuperado de https://www.opinion.com.bo/opinion/carlos-bellott/tele-trabajar-internet/20200403131603760051.html (Consulta, 5/04/2020)

- OPINION: Periódico de Cochabamba, Bolivia. HUMAN RIGHT WATCH APUNTA AL GOBIERNO POR AMENAZAS A LA LIBERTAD DE EXPRESION: Recuperado de http://www.opinion.com.bo/articulo/pais/human-rights-watch-inta-gobierno-derogar-disposicion/20200407194155760922.amp.html (Consulta,14/04/2020)

- PAGINA SIETE: Diario Nacional Independiente: Relatoría especial de la CIDH expresa preocupación por Decreto 4200 en Bolivia. Recuperado de https://www.paginasiete.bo/nacional/2020/4/11/relatoria-especial-de-la-cidh-expresa-preocupacion-por-decreto-4200-en-bolivia-252395.html (Consulta,14/04/20)

- RESOLUCIONES APROBADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL, DURANTE EL 40*PERIODO DE SESIONES. Recuperado de https://www.un.org/es/documents/ag/res/40/list.htm (Consulta, 15/02/2020)

- Salazar Ugarte Pedro, EL CONSTITUCIONALISMO DE NORBERTO BOBBIO: UN PUENTE ENTRE EL PODER Y EL DERECHO. Recuperado de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/rt/printerFriendly/5756/7569

El registro de antecedentes penales durante 8 años en personas con sentencia por delitos contra la salud pública en época de pandemia en Bolivia

*Rosse Mary Tito Silvera**

Resumen: Las sentencias condenatorias por delitos contra la salud pública de personas sometidas a un procedimiento abreviado fueron noticias habituales durante los primeros meses de la cuarentena, sentencias con condena de 2 o 3 años que habiendo sido las personas beneficiadas con el perdón judicial o la suspensión condicional de la pena no tienen una pena privativa de libertad. Sin embargo es solo apariencia el restablecimiento de los derechos, pues están ignorando el registro de antecedentes penales que aún en el beneficio del perdón judicial las autoridades jurisdiccionales niegan ordenar la cancelación de antecedentes penales aun invocando el control de convencionalidad o interpretación conforme a la Constitución y Bloque de Constitucionalidad que está integrado por Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el Estado.

Palabras claves: delitos contra la salud pública, perdón judicial, registro de antecedentes penales.

1. Los 8 años de registro de antecedentes penales por delitos contra la salud pública.

A través de los medios de comunicación y redes sociales conocemos que se dictó sentencia por el delito de agio y especulación a un comerciante por intentar vender 45 barbijos a un precio superior a 5 bolivianos en la ciudad de La Paz[78] y muchas otras sentencias por delitos contra la salud pública[79] por Zoom[80] habiendo registrado la Fiscalía una incidencia de 748[81] casos, que habiéndose sometido muchas de éstas personas al procedimiento abreviado tienen una condena de 2 o 3 años, mismos que no merecen pena privativa de libertad al ser beneficiados con el perdón judicial para condenas de 2 años y suspensión condicional de la pena para condenas de 3 años.

---

* Abogado por la Universidad Mayor de San Simón, con especialidad en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, con Maestría en Derecho Procesal Civil, a la espera de la defensa de tesis en la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, con especialidad en Educación Superior e Investigación Educativa. (rossrosse061@gmail.com)

[78] Véase, "Primera sentencia por agio y especulación en venta de barbijos para prevención coronavirus", 2 años de sentencia condenatoria Resolución 115/2020. Disponible en: https://www.facebook.com/redgigavision/videos/2805185232896284/

[79] Véase, Opinión, solo en Santa Cruz entre el 6 y el 12 de abril, 36 personas fueron sentenciadas en Santa Cruz por delitos contra la salud pública. Disponible en: https://www.opinion.com.bo/articulo/pais/sentencian-36-semana-delitos-salud-publica-santa-cruz/20200412112542761680.html?fbclid=IwAR27kxKlNKLXM4kwuDKTyENDkKd2S6tz3s--N_ptMNfMcIYQfRhpWhrbkVY

[80] Véase, "Dictan primera sentencia virtual a dos personas por atentar contra la salud pública en Santa Cruz. Disponible en: https://www.facebook.com/search/top/?q=sentencia%20por%20zoom%20por%20delitos%20contra%20la%20salud%20publica&epa=SEARCH_BOX

[81] Véase, Texto del programa nacional de actualización en persecución penal estratégica del delito auspiciado por la Escuela de Fiscales del Estado realizado el 18 al 29 de mayo. Los delitos contra la salud publica artículo 216 del Código Penal, el segundo en incidencia, con un total de 748 distribuidos según departamento: La Paz con 238, Santa Cruz 188, Potosí con 66, Cochabamba con 63, Beni con 54, Chuquisaca con 40, Pando con 38, Oruro con 33, Tarija con 28.

En apariencia estas personas a la fecha están liberadas del poder punitivo del Estado y que sus derechos están restablecidos[82] al haberse extinguido la pena con el beneficio del perdón judicial y al gozar de la suspensión condicional de la pena, sin embargo en nuestro país las autoridades jurisdiccionales y administrativas consideran que *"el registro de antecedentes penales en los casos beneficiados con el perdón judicial debe permanecer durante 8 años"*[83] y en los casos beneficiados con la suspensión condicional de la pena aun invocando "*el derechos al trabajo, a la dignidad, vejez digna, los principios pro homine, de progresividad e interpretación más favorable, citando al efecto los arts. 8. II, 9, 22, 48, 67, 68.II y 410 de la CPE"*[84] el Tribunal Constitucional sostiene que debe permanecer invariable el cómputo de 8 años para el registro de antecedentes penales en consecuencia denegando la acción de tutela[85]

Este registro adicional de 8 años permanecerá invariable en todas las personas que tienen una condena por delitos contra la salud pública en esta época de cuarentena, quienes a la fecha están en libertad en desconocimiento de la restricción a sus derechos que genera el registro de antecedentes penales. Sin embargo es probable que un Juez Penal conocedor del derecho constitucional y los derechos humanos ordene la cancelación de antecedentes penales, en particular en casos beneficiados con el perdón judicial, realizando una interpretación conforme a la Constitución, realizando control de convencionalidad o una interpretación sistemática por analogía a la suspensión condicional del proceso, pero será el Rejap como instancia meramente administrativa quien negará cumplir una orden judicial afirmando con vehemencia que debe aguardar 8 años para la cancelación del registro del antecedente remitiéndose al artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, aún en el beneficio del perdón judicial.

En oposición personas que en esta época comentan delitos con una pena previsible de seis (6) años según la Ley Nº 1173 y Ley Nº 1226, a solicitud de la fiscalía, pueden ser beneficiadas con la suspensión condicional del proceso[86] quienes no tendrán este registro de 8 años de antecedentes

---

[82] Véase, Artículo 17 parágrafo II de la Constitución Política del Estado: *"La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena"* y en su artículo 118. I. menciona que *"El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos".*
[83] Véase, **SC 0648/2011-R de fecha 03 de mayo de 2011**
[84] Véase, **SCP 0604/2016-S1 de fecha 30 de mayo de 2016.**
[85] Véase, **Idem.**
[86] Véase, Artículo 23. (Suspensión condicional del proceso). Cuando sea previsible la suspensión condicional de la pena o se trate de delitos que tengan pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea igual o inferior a seis (6) años, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del proceso.
Disponible en:
http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/1162NEC

penales. Entonces la persona condenada por internar vender 45 barbijos a 5 o 7 bolivianos tendrá un registro de 8 años de antecedentes penales y otra persona habiendo cometido un delito con una pena previsible de 6 años que es beneficiado con la suspensión condicional del proceso no tendrá este registro adicional de 8 años.

A la fecha son múltiples las situaciones en las que se solicita el certificado de antecedentes penales, como ser la habilitación para trabajar en la función pública[87], solicitud que a propósito surge a propósito de una errónea y grosera confusión entre pena y antecedente penal.

2. El registro de antecedentes penales en Bolivia

En Bolivia el año 1999 con la Ley Nº 1970 se introduce en el Código de Procedimiento Penal: el artículo 440 que establece el registro de antecedentes penales de las resoluciones siguientes: las sentencias condenatorias ejecutoriadas, las que declaren la rebeldía, las que suspendan condicionalmente el proceso, y el artículo 441 que establece la cancelación del registro de las sentencias condenatorias ejecutoriadas después de transcurridos ocho (8) años de la extinción de la pena privativa de libertad, después de transcurridos ocho (8) años desde que se dictó la sentencia condenatoria concediendo la suspensión condicional de la pena; y, después de transcurridos tres (3) años de la extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación. Además menciona este artículo que: "Respecto a la suspensión condicional del proceso, se cancelará su registro por orden del juez que la dictó al vencer el período de prueba"[88]

Esta disposición del artículo 441 del 1999 permanece aún invariable en la Ley Nº 1173 del 03 de mayo de 2019 Ley de abreviación procesal penal y de fortalecimiento de la lucha integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres[89]

---

[87] Véase, articulo 234.4. de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia que establece que *para acceder al desempeño de funciones públicas no se debe tener sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, pendientes de cumplimiento.* Es preciso aclarar que pena pendiente de cumplimiento" es aquella impuesta por el Juez en sentencia. Por el contrario los "antecedentes penales" es el registro de la pena más ocho (8) años adicionales computados después del cumplimiento de la pena impuesto por el Juez en sentencia, conforme señala el artículo 440 y 441 del Código de Procedimiento Penal. Entonces solicitar este certificado del Rejap para fines del artículo 234.4. de la Constitución Política es un error, por la confusión entre pena y antecedentes penales.

[88] Véase, Articulo 441 del Código de Procedimiento Penal Ley Nº 1970 del año 1999, Ley Nº 1173 y Ley Nº 1226 del año 2019.

[89] Véase, Ley Nº 1173 del 03 de mayo de 2019 Ley de abreviación procesal penal y de fortalecimiento de la lucha integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres.

La decisión de aguardar 8 años para la cancelación de antecedentes penales en los casos beneficiados con el perdón judicial por limitaciones en la interpretación de los jueces y autoridades administrativas en particular el Consejo de la Magistratura y el Rejap, a la que se suma la errónea interpretación de la administración pública de solicitar el certificado de antecedentes penales como requisito de acceso al trabajo en la función pública cuando este certificado computa la pena dictada en sentencia más 8 años adiciones siendo que la Constitución hace referencia a la pena dictada en sentencia por lo que habiendo cumplido la pena o extinguida la pena con el perdón judicial la persona está habilitada a la función pública no siendo necesario aguardar 8 años para cancelar los antecedentes y acceder a la función pública. Entonces las limitaciones en la interpretación de la autoridad jurisdiccional y el error de la admiración pública al exigir el certificado de antecedentes penales vulneran el derecho al trabajo en la función pública vulneración que contraviene los Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) suscritos por Bolivia[90].

3. **¿El registro de antecedentes penales una doble pena para las personas con sentencia ejecutoriada en época de pandemia?**

En Bolivia hasta el 18 de mayo la Fiscalía registró una incidencia de 748 delitos contra la salud pública de los cuales aún no es posible precisar el número de personas con sentencia ejecutoriada, sin embargo, es evidente que tienen el registro de antecedentes quienes se sometieron a un procedimiento abreviado por este delito conforme las múltiples noticas al respecto. Entonces tienen libertad pero sus derechos están restringidos por el registro de antecedentes penales, es decir que los beneficiados con el perdón judicial tienen libertad sin condiciones en oposición a quienes tienen suspensión condicional de la pena tienen libertad con condiciones. Estas condiciones se sobredimensionan por las restricciones de la pandemia en protección de la salud, restricciones, que tienen efectos negativos para acceder o permanecer en un trabajo como derecho reforzado por el derecho a la estabilidad laboral o la garantía de la inamovilidad que se afectan por el registro de antecedentes ante la posibilidad de la solicitud del antecedente penal de la administración pública conforme es habitual o la solicitud del antecedente por el empleador en la empresa privada.

---

[90] Véase, OIT. Organización Internacional del Trabajo, Bolivia es miembro desde el 28 de junio de 1919, que a la fecha cuenta con 185 Estados Miembros. Los principales objetivos de la OIT son: el fomento de los derechos laborales, la ampliación de las oportunidades para acceder a un empleo decente para todas y todos, la mejora de la protección social y el fortalecimiento del diálogo para abordar temas relacionados con el trabajo.

Es inevitable considerar que los antecedentes penales es otra medida que restringe derechos, y que es una "otra pena" este registro durante ocho (8) años aun habiendo sido condenado con una pena menor a dos (2) años, por lo que ocho años resulta contrario al principio de *"proporcionalidad, de racionalidad en la política criminal"*[91]. Bajo estas consideraciones de: doble pena, siendo contrario al principio de proporcionalidad y razonabilidad en Costa Rica se concluye que *"resulta contradictorio que el Estado que tiene la responsabilidad de la reinserción social de las personas sentenciadas, tuviera una norma que restringe la reinserción laboral"*[92] registrando los antecedentes penales por diez (10) años adicionales después del cumplimiento de la pena, por lo que en Costa Rica en julio de 2016 se aprobó la Ley 9361[93] que reformó el artículo 11 de la Ley 6723 de Registro y Archivos Judiciales del 10 de marzo de 1982, racionalizando con esta reforma el impacto de las penas en la vida de las personas.

4. Comentario

En esta época de pandemia es un imperativo la presencia del Estado a través del sistema de salud, a través del acceso a los servicios básicos, a través del acceso a la alimentación, por el contrario el Estado impone su presencia a través del poder punitivo movilizando el derecho penal, que es de última ratio, si acaso para generar control o castigo ejemplarizador imponiendo sentencias y más aun siendo agiles con el procedimiento abreviado a quien estaba vendiendo 45 barbijos a 5 o 7 bolivianos, a quien incumplió la cuarentena, que de ninguna manera significa de manera automática la tipificación de su conducta como delito contra la salud pública. El Estado hace presencia con su poder punitivo imponiendo, además, un registro de 8 años adicionales de antecedentes penales a las personas condenas en pandemia por delitos contra la salud pública beneficiadas con el perdón judicial o suspensión condicional de la pena.

---

[91] Véase, Cortez Ernesto, Molina Zhuyem. La reforma de antecedentes penales en Costa Rica: un paso hacia la proporcionalidad e inserción social y laboral de las mujeres en conflicto con la ley penal. Asociación Costarricense para el Estudio e Intervención en Drogas (ACEID) y WOLA. Disponible en: https://www.wola.org/es/analisis/la-reforma-de-antecedentes-penales-en-costa-rica-un-paso-hacia-la-proporcionalidad-e-insercion-social-y-laboral-de-las-mujeres-en-conflicto-con-la-ley-penal/

[92] Véase, Idem

[93] Véase, Costa Rica. La Ley 9361. Ordena a Registro y Archivos Judiciales la cancelación de antecedentes penales: Inmediatamente después de cumplida la condena impuesta en penas menores de tres años o delitos culposos. Un año (1) después de cumplida la condena impuesta, en penas de tres a cinco años. Tres (3) años después de cumplida la condena impuesta, en penas de cinco a diez años. Diez (10) años después de cumplida la condena impuesta en delitos graves como delincuencia organizada, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado, feminicidio y contra los deberes de la función pública. En casos de delitos cometidos por personas en condición de vulnerabilidad, el juez de ejecución de la pena ordenará la cancelación de los asientos una vez cumplida la pena impuesta.

Referencias. Bibliográficas

- CORTEZ ERNESTO, MOLINA ZHUYEM. La reforma de antecedentes penales en Costa Rica: un paso hacia la proporcionalidad e inserción social y laboral de las mujeres en conflicto con la ley penal. Asociación Costarricense para el Estudio e Intervención en Drogas (ACEID) y WOLA. Disponible en: https://www.wola.org/es/analisis/la-reforma-de-antecedentes-penales-en-costa-rica-un-paso-hacia-la-proporcionalidad-e-insercion-social-y-laboral-de-las-mujeres-en-conflicto-con-la-ley-penal/
- SC 0648/2011-R DE FECHA 03 DE MAYO DE 2011
- SCP 0604/2016-S1 DE FECHA 30 DE MAYO DE 2016.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, LEY Nº 1970 DEL AÑO 199
- LEY DE ABREVIACIÓN PROCESAL PENAL Y DE FORTALECIMIENTO DE LA LUCHA INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA A NIÑAS, NIÑOS, ADOLESCENTES Y MUJERES. LEY Nº 1173 DEL 03 DE MAYO DE 2019.

El despido Injustificado de trabajadores en periodo de Prueba en tiempos del Covid 19.

Vismar A. Saavedra Pablo[1]

Resumen. - Las fiestas de fin de año de 2019 obnubilaron a la gran mayoría de la sociedad occidental, Navidad y Año Nuevo mantenían el ajetreado itinerario de la temporada según sus usos y costumbres tan arraigados en el imaginario, miles de trabajadores percibían el tan famoso aguinaldo del epilogo del año; sin embargo, en China se anunciaba el surgimiento de un nuevo tipo de Neumonía al cual el mundo occidental mostro indiferencia y poco a poco durante el primer trimestre de 2020 fue ganando campo por todo el planeta, Bolivia noto alarmada que las distintas Unidades Operativas Económicas no se encontraban preparadas para soportar las cargas laborales ante largos periodos de ausentismo laboral ocasionados por la cuarentena rígida instituida en el país, para precautelar los derechos laborales, el Ministerio de Trabajo y el gobierno central presentaron una serie de medidas jurídicas, cuya connotación se explica a continuación.

Palabras Clave. – Covid-19, derechos laborales, pandemia, Ministerio de Trabajo, Estabilidad Laboral, cuarentena, Periodo de Prueba, Derechos Humanos.

I.- El arribo del Coronavirus

El Coronavirus (Covid-19) apareció en la ciudad Wuhan-China a finales de 2019, y desde el reconocimiento oficial por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un nuevo virus, muy similar al SARS que ataco el sudeste asiático en 2002, ha ido propagándose por cada rincón del orbe, dejando alarmada a la sociedad civil de prácticamente todos los estados, causando estragos en su paso casi por la totalidad de estados siendo los más afectados, en cuanto a las cifras de decesos refiere, la propia China, Irán, Corea del Sur, Italia, España, Alemania, Países Bajo, los Estados Unidos de Norteamérica entre otros.

Una de las principales áreas en ser golpeadas, es evidentemente la Economía, se va proyectando una recesión a escala mundial que no se habían observado desde tiempos de la Segunda Guerra Mundial o la gran depresión de 1929, para ello los estados y las distintas empresas privadas que son quienes interactúan abiertamente en la economía del día a día, además de las pequeñas empresas y el comercio informal en el caso latinoamericano, se

[1] Abogado e Ingeniero Comercial con Diplomados en Educación Superior (UMSS), Interpretación y Argumentación Jurídica (UNIVALLE) y Gerencia Comercial (UNIFRANZ), Experto en Negociación y Manejo de Conflictos, y Estadística aplicada a la Gestión de Riesgos (certificados por UNIFRANZ), Asociado del Instituto de Estudios Internacionales de Bolivia (IDEI), Gestor Jurídico y Asesor Comercial del sector Público y Privado.

encuentran estableciendo una serie de medidas destinadas a sobrellevar la dura carga del coronavirus sobre sus espaldas, debido a que sin precedentes en la historia humano, esta cepa proteínica, el ACE2[2], ha generado un periodo de cuarentena restrictiva a lo largo de todo el globo, son evidentes los parajes que se pueden observar en ciudades grandes como Roma, Paris, Madrid, Nueva York entre otros, totalmente desoladas, al más puro estilo de cinta apocalíptica hollywoodense.

> *"Las proteínas de superficie del virus demuestran que los dos agentes causales de SARS y MERS son semejantes a las de SARS-CoV-2, pero que en ciertas regiones se diferencian (...). Dentro de este complejo escenario, afortunadamente hay países que muestran una disminución de casos, como República de Corea y China, sin embargo, países de la Unión Europea continúan con un importante incremento de casos y lo que es peor con una alta letalidad, como ocurre en España e Italia, con cifras de 7,1% y 9,9% respectivamente. Estados Unidos, por su parte, inició diagnóstico en etapa muy tardía y hoy se encuentra ante una epidemia con bajo nivel de control y de incierto futuro".*[3]

Bolivia no se encuentra exenta de esta situación, los efectos de la presencia del Covid-19 se dejaron sentir al interior del Estado Plurinacional, la rápida propagación, y un sistema sanitario deficitario, coadyuvaron a que el gobierno central rápidamente haya ido dictaminando una grupo de medidas con la finalidad de paliar el avance de esta pandemia, una muestra de ello son una serie de Decretos Supremos que se promulgaron de forma cronológica y secuencial a partir del 04 de marzo de 2020, cada una con medidas cada vez más restrictivas según avanzaban los días, y el latente peligro correspondiente al Covid 19 .

El Decreto Supremo 4174 que autoriza al Ministerio de Salud, *a las entidades territoriales autónomas, y a las entidades de la Seguridad Social de Corto Plazo, de manera excepcional, efectuar la contratación directa de medicamentos, dispositivos médicos, insumos, reactivos, equipamiento médico, y servicios de consultoría de personal en salud, para la prevención, control y atención de la "emergencia de salud pública de importancia internacional" provocada por el coronavirus*, fue promulgado el 04 de marzo de 2020, tan solo 8 días después, se termina promulgando el D.S. 4179, mismo que *Declara Situación de Emergencia Nacional por la presencia del brote de Coronavirus (COVID-19) y otros fenómenos adversos*, es así, que los primeros días de marzo fueron dando cuenta de aquella pandemia cuyos orígenes tan distantes en el lejano oriente, estaba por aterrizar y extenderse en territorio boliviano.

---

[2] PULIDO Sandra, El SARS CoV-2 utiliza una llave vírica para introducirse en las células humanas, Gaceta Medica", https://gacetamedica.com/investigacion/el-covid-19-utiliza-una-llave-virica-para-introducirse-en-las-celulas-humanas/

[3] VALENZUELA María Teresa, Coronavirus: un desafío global, "ARS Medica-Pontificia Universidad Católica de Chile", Volumen 45, numero 1, año 2020, Pag.5

La tercera semana de marzo de 2020 trajo consigo la promulgación de 2 Decretos Supremos que prácticamente confinarían a la población boliviana a una cuarentena, en un inicio parcial, con horarios restringidos tanto laborales en el sector público y privado, como horarios de abastecimiento, en virtud a ello, el D.S. 4196, fue quien interpuso las primeras limitaciones a la función laboral, cuyo desarrollo forma parte del presente documento.

El ámbito laboral al interior del Estado Plurinacional de Bolivia no sería el mismo, en definitiva, la presencia del Covid-19 cambio todo aquello, la vida normal fue alterada por la pandemia y por ende, el cotidiano desenvolvimiento de las distintas empresas tanto públicas como privadas, producto de ello, los trabajadores que forman parte de las mismas tuvieron que adaptarse a las nuevas disposiciones que el Derecho Laboral vigente empezó a dictaminar, en aras de precautelar ante todo la salud poblacional. El D.S. 4196 determino que el horario de transito se restringía de hrs.05:00 a hrs. 17:00, estableciendo que el horario de trabajo para todos los sectores se reducía de hrs.08:00 a hrs. 15:00 de forma continua, además de este D.S., se promulgaron una serie de decretos más, hasta que el 21 de marzo de 2020 se termina promulgando el D.S. 4199 que acaba estableciendo la cuarentena total al interior del país, restringiendo totalmente la circulación de personas, salvo algunas excepciones de carácter estratégico para afrontar el riesgo del Covid 19, como son las industrias alimenticias, financieras, entidades públicas y otras de similar índole, esta decisión significo que muchas empresas de servicios, comerciales, no comprendidas en el rubro de aquellas permitidas por el parágrafo II del Art.2 del mencionado decreto, paren de forma definitiva hasta el 04 de abril de 2020, que es la fecha en la cual culminaba la cuarentena total en un inicio.

> *"Dada la facilidad del contagio, el Gobierno promulgó el decreto supremo 4199 que establece la emergencia sanitaria y declaratoria de cuarentena total desde el 22 de marzo y por el lapso de 14 días (hasta el 4 de abril), para frenar la pandemia".*[4]

Además de los decretos señalados, también se llegaron a promulgar cuerpos normativos de mayor jerarquía, tal es el caso de la Ley 1293 de 01 de abril de 2020, misma que declaraba el interés y prioridad nacional de las actividades, acciones y medidas necesarias que el estado interpondría, para la prevención, contención y tratamiento de la infección por el Coronavirus, esta ley también tendría su incidencia en el ámbito laboral, debido a que posee un artículo que establece que el Ministerio de Trabajo es quien regularía este ámbito.

II.- Ámbito normativo de los trabajadores en Periodo de Prueba en tiempos del Coronavirus.

Se entiende que la visualización frente a esta interrogante, puede ser precisada en el análisis de la normativa que surgió tras la aparición del Covid-19, observando si la misma corresponde o no al que tiene la figura del trabajador en período de prueba al interior de las relaciones laborales de índole privado.

---

[4] CHINCHE CALIZAYA Marcelo, 2020 25 de marzo, A tomar en serio la cuarentena total, *Los Tiempos,* Cochabamba - Bolivia

Con el arribo de la pandemia, la medida del empleador de concluir la relación laboral durante el período de prueba, a causa de la cuarentena total decretada por el gobierno, o cualquier otro motivo distinto a la evaluación de desempeño, resulta cuestionable y observable, por cuanto se estaría vulnerando el orden normativo interno.

En virtud a lo establecido por el Ministerio de Trabajo del Estado Plurinacional de Bolivia, es menester mencionar que en el Comunicado 14/2020 de esta cartera ministerial, se establecen 3 puntos de suma importancia, mismos que expresan lo que a continuación se detallada:

2.1.- Protección a la Estabilidad Laboral en tiempos del Coronavirus

El primer punto del Comunicado menciona: *La Estabilidad Laboral tanto en entidades públicas y privadas, está protegida por el Estado Boliviano, quedando terminantemente prohibido el despido injustificado de trabajadores, salvo que estos incurran en las causales establecidas en el artículo 16 de la Ley General del Trabajo, concordante con el artículo 9 de su Decreto Reglamentario*[5].

Es bien conocida en la práctica laboral, que el termino de prueba para un trabajador que realice trabajos de oficina bajo la modalidad de contrato indefinido, es de 90 días, mismos, en los cuales el empleador puede determinar si el trabajador sigue en el cargo o no, esto en condiciones normales, pero no así ante la situación “sui generis” del Covid-19 (Coronavirus) que le toca vivir al colectivo Social, en función a esta situación, el gobierno central determino una serie de medidas jurídicas que garantice a la población boliviana su fuente laboral y su correspondiente remuneración, mismas que le permitan afrontar esta pandemia de alcance global, y no se pongan en peligro sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado como ser el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, entre otros.

Para este efecto, es que la administración central del estado promulgo la Ley 1293 de 1ro de abril de 2020 de Prevención, Contención, y Tratamiento de la Infección por el Coronavirus, que en su artículo primero establece que:

> *Se declara de interés y prioridad nacional, las actividades, acciones y medidas necesarias para la prevención, contención y tratamiento de la infección por el Coronavirus (COVID-19).*[6]

Asimismo, en su artículo segundo de Declaratoria de Cuarentena determina que:

5BOLIVIA, (2020), Comunicado 14/2020, Ministerio de Trabajo de Bolivia, https://www.mintrabajo.gob.bo/index.php/home/comunicados/1279-comunicado-14-2020.html

[6] Ley 1293, Gaceta oficial de Bolivia, 01 de abril de 2020

El Órgano Ejecutivo podrá emitir la declaratoria de cuarentena nacional, como medida de prevención y contención de la infección por el Coronavirus (COVID-19).[7]

De la norma señalada se puede evidenciar que el Estado es quien determinara la forma en la cual se hará frente a esta enfermedad, y por ende las medidas que se vayan a establecer, mismas que servirán para que la población pueda encontrase segura, por ello la declaratoria de Prioridad e Interés Nacional; debido a que esta nueva enfermedad atenta contra la vida que además acarrea consecuencias conexas; para salvaguardar derechos fundamentales como la Vida, la Salud y la Alimentación de la población boliviana, el Estado ha visto por necesario la implementación de una serie de medidas en todos los ámbitos, en aras de precautelar los bienes jurídicos, propios de los derechos fundamentales señalados líneas supra.

Como efecto de esta situación, el ámbito laboral no queda al margen, al ser la economía una de las principales áreas en ser golpeadas, los empleadores suelen recortar sus planillas salariales, recurriendo para ello al despido de trabajadores; se entiende que, sin un ingreso determinado, la población no podría hacer frente a las consecuencias de la Cuarentena que estableció el gobierno, es por ello que la ley 1293, en su artículo sexto determina Flexibilidad Laboral, cuyos dos parágrafos se transcribe a continuación:

I. De manera excepcional y temporal, se reducirá la jornada laboral para el sector público y privado.

II. Para el cumplimiento del Parágrafo precedente, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, emitirá la reglamentación correspondiente.[8]

El artículo citado establece que la jornada laboral para el caso que atañe la presente situación, es decir el ámbito privado, podrá ser reducida de manera temporal y excepcional *(misma que según las directrices de los D.S 4199 y 4200 se redujo a la mínima expresión)* y que, para el cumplimiento de dicha disposición, el Ministerio de Trabajo es la entidad de emitir la reglamentación correspondiente, ahí la pertinencia jurídica del comunicado 14/2020 de dicha cartera Ministerial, reglamentación al cual deben acogerse todas las empresas privadas como públicas del Estado Plurinacional de Bolivia.

Asimismo, el D.S. 4200 tiene como objeto reforzar y fortalecer las medidas en contra del contagio y la propagación del Coronavirus (Covid-19) en todo el territorio boliviano, por ello su artículo segundo establece que:

I.- En el marco de la declaratoria de emergencia sanitaria y cuarentena total se refuerza y fortalece las medidas en contra del contagio y propagación del Coronavirus (COVID-19) en todo el territorio del

---

[7] Ibid (6)

[8] Ibid (6)

Estado Plurinacional de Bolivia, a partir de las cero (0) horas del día jueves 26 de marzo de 2020 hasta el día miércoles 15 de abril de 2020 con suspensión de actividades públicas y privadas.

II.-Por la naturaleza de sus funciones y actividades que desarrollarán durante la cuarentena total, se exceptúa de lo establecido en el Parágrafo I del presente Artículo, al personal debidamente acreditado de:

a) Servicios de salud del sector público y privado;
b) Fuerzas Armadas;
c) Policía Boliviana;
d) Instituciones, empresas de servicios públicos e industrias públicas y privadas;
e) Entidades financieras bancarias y entidades financieras no bancarias, públicas, privadas o mixtas.
f) Entidades públicas, instituciones privadas y particulares que brindan atención y cuidado a población vulnerable, debiendo establecer prioridades y la asignación del personal estrictamente necesario. (…)

IV. Excepcionalmente, podrán circular durante la cuarentena total en el horario de 06:00 de la mañana a 13:00 horas personas que trabajan en tiendas de barrio, mercados, supermercados y centros de abastecimiento de artículos de primera necesidad; para lo cual deberán prever el personal mínimo para la atención a los proveedores.[9]

De forma clara y concisa este artículo establece la ampliación de la cuarentena total hasta el 15 de abril de 2020 con la suspensión del conjunto de actividades tanto públicas como privadas, con excepción de aquellas debidamente detalladas en el parágrafo II de dicho artículo, por ende, como podría un trabajador sea cual sea su naturaleza cumplir con sus tareas en condiciones normales, a ello se puede sumar lo determinado por el parágrafo IV del mismo artículo, debido a que los permisos especiales de circulación también se encuentran limitados a aquellos rubros estratégicos, rubros predeterminados según la misma ley .

La práctica laboral suele establecer el termino o periodo de prueba como una variable estándar que permiten o no la continuidad de un trabajador en la modalidad Indefinida, en condiciones normales, bien es cierto que así se infiere de lo expresado en el artículo 13 de la Ley General del Trabajo, en el artículo 8 de su Decreto Reglamentario y el artículo 1 de la ley de 23 de noviembre de 1944 que modifica el artículo 13 de la LGT (8 de diciembre de 1942).

---

[9] Decreto Supremo N° 4200, Gaceta Oficial de Bolivia, 25 de marzo de 2020

Art 13 LGT.- Cuando fuere retirado el empleado u obrero por causal ajena a su voluntad, el patrono estará obligado independientemente del desahucio, a indemnizarle por tiempo de servicios, con la suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año de trabajo continuo; y si los servicios no alcanzaren a un año, en forma proporcional a los meses trabajados descontando los tres primeros meses que se reputan de prueba excepto en los contratos de trabajo por tiempo determinado que no sufrirán ningún descuento de tiempo.

Art 1 Ley 23 de noviembre de 1944 (Reglamento LGT).-Para los efectos de desahucio, indemnización, retiro forzoso o voluntario, el tiempo de servicios para empleados y obreros se computará a partir de la fecha en que estos fueron contratados, verbalmente o por escrito, incluyendo los meses que se reputa de prueba y a los que se refiere el artículo 13 del Decreto-Ley de 24 de mayo de 1939, modificado por el artículo 1o. de la ley de 8 de diciembre de 1942.[10]

Según la norma mencionada y descrita, se evidencia que se utiliza indistintamente el termino de trabajador, sean estos obreros o empleados, o estén estos en periodo de prueba, o hayan superado los 90 días que la ley menciona como opción a contratación indefinida; se entiende que un trabajador aún se encuentre en periodo de prueba, no le quita la cualidad de trabajador, se comprende que los trabajadores en periodo de prueba están amparados, resguardados, y protegidos por las disposiciones de la Ley 1293, D.S 4199, D.S. 4200, Comunicado de Ministerio de Trabajo 14/2020, y demás normas conexas, además se entiende que la situación producto del Covid-19 elimina las condiciones de normalidad.

Por tanto, los trabajadores en periodo de prueba están comprendidos en el numeral 1 del Comunicado del Ministerio de Trabajo 14/2020, cuando menciona que la Estabilidad Laboral tanto en entidades públicas y privadas, están protegidos por el Estado Boliviano, quedando terminantemente *prohibido el despido injustificado de trabajadores,* salvo que estos incurran en las causales establecidas en el artículo 16 de la Ley General del Trabajo, concordante con el artículo 9 de su Decreto Reglamentario; la única excepción para proceder al despido de trabajadores en este periodo de Cuarentena son los anteriormente detallados, entonces se deduce que dentro de las excepciones para proceder al despido de trabajadores en tiempos de Cuarentena total, el despido por decisión unilateral del empleador en pleno Termino o Periodo de Prueba vigente *(el periodo es de 90 días)* contraviene lo dispuesto por el Ministerio de Trabajo y normas conexas.

2.2.- Remuneraciones en tiempos del Coronavirus

El pago de Sueldos y Salarios a los servidores públicos, trabajadores y todo personal que preste funciones en el sector público y privado, en territorio nacional, se encuentra

[10] BOLIVIA, Ley General del Trabajo

garantizado, en consecuencia, las entidades deben dar cumplimiento obligatorio a la Disposición Adicional Tercera del Decreto Supremo No 4199 de fecha 21 de marzo de 2020.[11]

La Disposición Final Tercera del D.S. 4199 establece que:

> *Durante la vigencia de la cuarentena total, los servidores públicos, trabajadores y todo personal que preste funciones en el sector público y privado en el territorio nacional, tendrán derecho al pago de sus salarios, para lo cual los responsables de su procesamiento tendrán la autorización para movilizarse y realizar las actividades que demande.*[12]

Esta disposición establece que la seguridad salarial está garantizada por el tiempo que dure la cuarentena total, disposición que no es ajena al ámbito privado, y que se complementa de forma idónea con la disposición de Estabilidad Laboral, concluyendo así que ambos preceptos están íntimamente correlacionados y que son concomitantes uno del otro.

2.3.- Obligatoriedad en el cumplimiento del Comunicado 14/2020 del Ministerio de Trabajo

El Comunicado 14/2020 finaliza mencionando que esta disposición es de carácter obligatorio, conforme lo dispone el parágrafo I del artículo 48 de la Constitución Política del Estado, mismo que a la letra menciona:

> *"Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio"*[13]

Asimismo, en concordancia a este parágrafo los parágrafos II, III, y IV del mismo precepto constitucional sostienen que:

> *II.- Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador.*
>
> *III.- Los derechos y beneficios reconocidos en favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.*

[11] Ibid (5)
[12] Decreto Supremo N° 4199, Gaceta Oficial de Bolivia, 21 de marzo de 2020
[13] BOLIVIA, Constitución Política del Estado, Industrias Graficas Serrano, Cochabamba – Bolivia, pag. 19

IV.- Los salarios o sueldos devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados tienen privilegio y preferencia sobre cualquier otra acreencia, y son inembargables e imprescriptibles.[14]

El parágrafo II sostiene que las normas laborales se interpretan en favor del trabajador, los trabajadores en periodos de prueba son considerados trabajadores por tanto ingresan dentro lo señalado en esta disposición, según lo establecido por la LGT, la Ley de 23 de noviembre de 1944, Comunicado de Ministerio de Trabajo 14/2020 y demás normas conexas. En relación al parágrafo III, el Comunicado del Ministerio de Trabajo 14/2020 es una Norma Laboral, por lo tanto, los derechos y beneficios que deriven de este en favor de todos los trabajadores son irrenunciables. En función a lo detallado en el parágrafo IV, se infiere que lo detallado en el Comunicado 14/2020 produce derechos laborales por lo tanto estos son inembargables e imprescriptibles.

Además, la propia Constitución Política del Estado, reconoce una serie de Derechos Fundamentales, entre los que se encuentran el Derecho a la Alimentación, Derecho a la Salud, Derecho a la Vida entre otros, según se puede evidenciar en el artículo 13, parágrafo I de nuestra Carta Magna que menciona que *"Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos."*, el Comunicado del Ministerio de Trabajo 14/2020 es uno de los mecanismos adoptados por el Estado en aras de precautelar los derechos Reconocidos en la CPE.

El parágrafo I del artículo 15 de la CPE establece que *"Toda persona tiene derecho a la vida (...)",* así también el artículo 16 en su parágrafo I expone que *"Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación",* por otra parte el artículo 18 en su parágrafo I sostiene que *" Todas las personas tienen derecho a la salud"*; un despido intempestivo durante un periodo de cuarentena atentaría contra estos Derechos Fundamentales reconocidos en la CPE, cuyos bienes jurídicos son los máximos precautelados por el Estado, el despido intempestivo en tiempos de cuarentena limitaría el acceso al derecho de la Alimentación, Salud, esta actitud incluso atentaría a uno más elemental, el derecho a la Vida, a sabiendas que el Estado previamente regulo esta situación, precautelando a la población en la figura de la Ley 1293 de 1 de abril de 2020, D.S. 4199, D.S. 4200, LGT, Ley de 23 de Noviembre de 1944, Comunicado de Ministerio de Trabajo 14/2020 y otras de naturaleza conexa al caso detallado.

La normativa Internacional en Derechos Humanos también precautela la vida, ante todo, así lo establece el Art. 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando menciona que *"Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)",* entre estos derechos se encuentra el de la Vida en el Art. 4, numeral 1 de la CADH que establece que *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y,*

[14] Ibid (13)

en general, a partir del momento de la concepción (…)", prueba de ello son las disposiciones constitucionales y laborales ya mencionadas como forma de precautelar este derecho frente a la amenaza del Covid-19.

A esto se suma la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 2, numeral 1 sostiene que *"Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna (…)"*, de esta manera se establece que el derecho a la Vida establecido en el Art. 3 de la Declaración *"Todo individuo tiene derecho a la vida (…)"* y el derecho al trabajo establecido en el Art. 23, numeral 1 de la Declaración *"Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"*; están protegidos; para salvaguardar lo antecedido en el presente párrafo, la Declaración sostiene en su Art 30, la siguiente disposición:

> *Nada en la presente Declaración* (Declaración Universal de Derechos Humanos) *podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.*

Determinando así, que la Declaración Universal de Derechos Humanos protege en su integridad los derechos conferidos en ella, y que nada ni nadie podrá suprimirlas o eliminarlas.

De esta forma, la Declaración se muestra más extensa y amplia, porque además de precautelar el derecho a la vida, también lo realiza con el derecho al trabajo, mismo que además de simplemente mencionarlo, lo explica y amplia, refiriéndose a que se debe luchar contra el desempleo, y para el caso que atañe a esta situación, proteger que la población de la desestabilidad laboral.

III.- Conclusión

Es menester establecer que el derecho al trabajo se encuentra en un franco dinamismo, las disposiciones que fueron saliendo a la palestra normativa producto del Covid 19, también tuvieron su incidencia en el ámbito laboral, esta área del derecho siempre mantiene pilares que caracterizan su naturaleza, entre estos, se encuentra la estabilidad laboral, y ante la inminente coyuntura pandémica, resulta de sentido común, que dicho concepto sea precautelado por el estado mediante su poder de *imperium*, con el objetivo de preservar ante todo la integridad colectiva.

> (…) *El Derecho al Trabajo se presentaría como una exigencia general desde la perspectiva de la consideración del trabajo para el progreso económico personal, integrando en su seno como aplicaciones directas*

del mismo, la reivindicación de un salario digno, de unas condiciones de trabajo estables, (...), derechos que posibilitan el equilibrio social.[15]

Por tanto, se concluye, que proceder al despido intempestivo de trabajadores en periodos de prueba en el sector privado, atenta derechos elementales de la población boliviana, derechos como ser el de la Vida, Salud, Alimentación, y el Trabajo; se entiende que el derecho al trabajo permitiría que los anteriormente mencionados (Vida, Salud, Alimentación) puedan ser garantizados por parte del mismo trabajador.

Para ello el Estado Boliviano se encargó de promulgar una serie de medidas normativas, se mencionó que el Decreto Supremo 4199, y la Ley 1293 se encargan de mencionar que el ámbito laboral en nuestro medio estará precautelado frente a la pandemia, dando la tuición al Ministerio del Trabajo la tarea de regular al mismo, de acuerdo a esa previsión normativa, este Ministerio publica el comunicado 14/2020, dicho comunicado de forma textual establece que la Estabilidad Laboral tanto pública como privada está garantizada al interior del estado Plurinacional, por ello se infiere que está prohibido el despido injustificado de cualquier trabajador, sea cual sea su naturaleza, ello lleva a comprender que la calidad de trabajador en periodo de prueba no es excusa para proceder a un despido injustificado, este tipo de trabajadores están al amparo de un contrato de empleo suscrito con el empleador y por lo tanto el nexo que une a las dos partes no puede ser ininterrumpida de forma abrupta, y peor aún en esta época, ello conllevaría, según lo expuesto, a una clara y eminente vulneración de una serie de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado y Normativa Internacional en Derechos Humanos.

Las Empresas privadas como personas jurídicas, legalmente constituidas en territorio boliviano, están en el deber de respetar la normativa interna, además deben facilitar el cumplimiento del mismo, considerando que el gobierno, en atención a sus necesidades está en aras de precautelar su subsistencia, a través de una serie de medidas financieras que también le permitirán hacer frente a las consecuencias fatales de la pandemia, cuyos efectos no son solo clínicos, o económicos, si no también se corre el peligro de que lleguen a ser sociales.

[15]NAVARRO AMELLER Juan Manuel, "El Contexto de los Derechos Humanos", Edit. Universidad SanFrancisco Xavier de Chuquisaca, Primera Edición, Sucre – Bolivia, pag,262

ENSAYOS, ARTÍCULOS, DOCUMENTOS Y TEXTOS RECOPILADOS

"Parte 1:Derechos Humanos y Pandemia – Entrevista a Mijhaíl Pável"[1]

Por: Mijhaíl Pável Pardo Lafuente

4 ¿Cuál es su apreciación sobre el esfuerzo desplegado inicialmente por China para minimizar la aparición del Covid-19 y para que la OMS no declarara el brote de una emergencia de salud pública de importancia internacional?

R.- Para responder adecuadamente a esta interrogante, es necesario analizar las acciones adoptadas por parte de las autoridades gubernativas de China a partir de un enfoque *cronológico*, esto es, desde el surgimiento del primer brote de Covid-19 en la provincia costera de Wuhan (capital de Hubei), hasta la declaratoria de "emergencia de salud pública de importancia internacional" (en adelante 'ESPII') por parte del Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), instancia técnica especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la coordinación –a nivel global– de una "respuesta de salud pública"[2] frente a la epidemia en curso o cualquier amenaza análoga.

Así, de acuerdo con la "información oficial" publicada por la OMS:

5 El **31 de diciembre del año 2019**, China notifica un conglomerado de casos de neumonía causados por un nuevo coronavirus (Covid-19)[3], cuya estructura genética es 80% similar al Sars-CoV-1 surgido el año 2002 en el mismo país[4].

Otras fuentes sostienen que en dicha fecha, las autoridades sanitarias de Wuhan declararon, en efecto, el "descubrimiento de una neumonía viral", aunque sin una "*evidencia clara de transmisión de persona a persona*"[5].

Paralelamente, la República de Taiwán (oficialmente reconocida como "República de China") remite una misiva a este organismo en la que solicita información

[1] Entrevista publicada por "Bitácora Internacional" (Portal Jurídico Internacional) el 22 de abril de 2020, https://www.bitacorainternacional.com/.

[2] El artículo 13 (*Respuesta de salud pública*) del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) explicita que: "[E]n consulta con los Estados Miembros, la OMS publicará directrices para prestar apoyo a los Estados Partes en el desarrollo de la capacidad de respuesta de salud pública", https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/.

[3] Organización Mundial de la Salud (OMS), "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", última actualización realizada el 9 de abril de 2020, https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline--covid-19.

7 Navas, Maria Elena, "Coronavirus: cómo el mundo desaprovechó la oportunidad de tener una vacuna lista para hacer frente a la pandemia", *BBC News*, 9 de abril de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-52216766?at_campaign=64&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_custom4=D50B0F5E-798D-11EA-8A67-9B6C96E8478F&at_medium=custom7&at_custom2=facebook_page&at_custom3=BBC+News+Mundo&fbclid=IwAR2eq2mIY7330IQomHVnqsN7si_vK8GhlTw4GdRMc_hb0E5TvinTOnsXnNw.

[8] Chan, Wilfred, "The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price", *The Nation*, April 3, 2020, https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/. Traducción propia.

adicional sobre la potencial trasmisión del virus entre humanos. Empero, la OMS nunca "respondió ni compartió la solicitud con los Estados miembros"[6].

ϑϑ. Días después, el **5 de enero de 2020**, la OMS publica su "primer parte técnico" ante la comunidad internacional relativo al nuevo patógeno. Dicho documento contenía "una evaluación del riesgo y una serie de recomendaciones, así como la información proporcionada por China a la Organización sobre la situación de los pacientes y la respuesta de salud pública ante el conglomerado de casos de neumonía de Wuhan"[7].

KK. El **12 de enero de 2020**, China hizo pública la "secuencia genética" del virus causante del COVID-19[8].

ΛΛ. El **14 de enero de 2020**, la jefa técnica del Programa de Emergencias Sanitarias de la OMS, Maria van Kerkhove, señala en una rueda de prensa que "puede que se haya producido una *transmisión limitada* del coronavirus *entre seres humanos*… fundamentalmente a través de familiares, y que existe el riesgo de un *posible* brote más amplio"[9].

En la misma fecha, Taiwán envía a dos expertos biomédicos a la Provincia de Hubei (China), donde identifican una "*significativa*" probabilidad de que el coronavirus fuera capaz de transmitirse entre seres humanos[10]. Dos días más tarde, e**l 16 de enero de 2020**, las autoridades sanitarias de este país alertan sobre peligrosidad del patógeno, "*más de lo que inicialmente se suponía*"[11].

MM. El **22 de enero de 2020** (una semana después de las evidencias de contagio arrojadas por Taiwán), la misión de observación de la OMS en China "emite una declaración en

la que se afirma que se ha *demostrado la transmisión* entre seres humanos en Wuhan"[12]. Frente a este escenario, el Director General de la OMS, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, convoca un "Comité de Emergencias" conforme al procedimiento previsto en el art. 48 del Reglamento Sanitario Internacional (en adelante

---

[6] Chan, Wilfred, "The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price", *The Nation*, April 3, 2020, https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/. Traducción propia.

[7] Organización Mundial de la Salud (OMS), "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", última actualización realizada el 9 de abril de 2020, https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19.

[9] *Ibíd.*

[10] *Ibíd.*

[11] Chan, Wilfred, "The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price", *The Nation*, April 3, 2020, https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/. Traducción propia. Énfasis añadido.

[12] *Ibíd.*

[13] Organización Mundial de la Salud (OMS), "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", última actualización realizada el 9 de abril de 2020, https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19.

'RSI'), con el objetivo de evaluar si el brote del nuevo coronavirus constituye una "emergencia de salud pública de importancia internacional"[13].

Finalizada la sesión de este Comité, los miembros (conformados por expertos de 16 países —incluidos China, Japón, Corea del Sur y Estados Unidos—[14]) no logran alcanzar un *consenso* "a partir de los *datos conocidos en ese momento*" (Taiwán no fue partícipe de esta reunión pese al avance de sus estudios), por lo que solicitan se convoque una segunda reunión en el plazo de 10 días con la finalidad de recabar mayor "información"[15].

γ) Posteriormente, **el 28 de enero de 2020**, "una delegación de alto nivel de la OMS viaja a Beijing para reunirse con los dirigentes de China, conocer mejor la respuesta de ese país, y ofrecer la asistencia técnica que pueda ser necesaria"[16]. Durante esta visita, el director de la OMS acuerda con los dirigentes del Partido Comunista chino "que un equipo internacional de destacados científicos se desplace en misión… para comprender mejor el contexto y la respuesta general e intercambiar información y experiencias"[17]. Esta "Misión Conjunta OMS-China", estuvo compuesta por expertos de "Alemania, Canadá, Estados Unidos (Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades, Institutos Nacionales de la Salud), Japón, Nigeria, Corea del Sur, Rusia y Singapur"[18].

Mientras tanto, en el epicentro del brote de COVID-19 (Wuhan), funcionarios gubernativos procedían con el "arresto y castigo" de varios ciudadanos chinos por "difundir rumores" sobre esta enfermedad, *pari passu* el control del flujo de la información "no oficial"[19].

η) Días más tarde, el **30 de enero de 2020**, el Director de la OMS convoca por segunda ocasión al "Comité de Emergencias". En esta oportunidad, el Comité llega a un consenso entre sus miembros, recomendando al Director General declarar que el brote por el nuevo coronavirus (2019-nCov) "constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII)"[20]. Para esta fecha, "las autoridades chinas habían

---

[10] *Ibíd.*

[11] Chan, Wilfred, "The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price", *The Nation*, April 3, 2020, https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/. Traducción propia.

[12] Organización Mundial de la Salud (OMS), "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", última actualización realizada el 9 de abril de 2020, https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19.

[13] *Ibíd.*

[14] *Ibíd.*

[15] *Ibíd.*

[16] Collins, Michael, "The WHO and China: Dereliction of Duty", *Council on Foreign Relations*, February 27, 2020, https://www.cfr.org/blog/who-and-china-dereliction-duty. Traducción propia.

[17] Organización Mundial de la Salud (OMS), "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", 9 de abril de 2020, https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19.

confirmado casi 8.000 casos"[21], mientras que en el mundo "habían aumentado diez veces con 7.781 casos en 18 países"[22].

11 De acuerdo con el "Informe de la Misión Conjunta OMS-China sobre la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19)"[23] –desarrollado entre el **16 y 24 de febrero** de 2020– China "ha lanzado quizás el esfuerzo de contención de enfermedades más *ambicioso, ágil y agresivo* de la historia"[24], y ha demostrado: *i)* el *profundo compromiso* del pueblo chino con la acción colectiva frente a esta amenaza común[25]; así como *ii)* el *enfoque audaz* de China para contener la rápida propagación del coronavirus[26]. Similarmente, el informe destaca el "riguroso e implacable"[27] paquete de *medidas no farmacéuticas* implementadas por este país para contrarrestar la transmisión del patógeno como un parámetro de "respuesta global"[28].

Estas conclusiones demostraban, según algunos analistas, el respaldo del Director General de la OMS a la gestión del Partido Comunista sobre el nuevo coronavirus, no obstante de las "crecientes denuncias de *descontrol, represión y opacidad*"[29] atribuibles al gobierno chino durante los primeros compases de la crisis.

---

[21] Chan, Wilfred, "The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price", *The Nation*, April 3, 2020, https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/. Traducción propia.

[14] Collins, Michael, "The WHO and China: Dereliction of Duty", *Council on Foreign Relations*, February 27, 2020, https://www.cfr.org/blog/who-and-china-dereliction-duty.

[15] World Health Organization (WHO), *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 February 2020 Report, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf. Traducción propia.

[16] *Ibídem*, p. 16. Traducción propia. Énfasis agregado. A este respecto, el Informe de la OMS señala que: "[L]a notable velocidad con la que los científicos chinos y los expertos en salud pública aislaron el virus causal, establecieron herramientas de diagnóstico y determinaron parámetros clave de transmisión, como la ruta de propagación y el período de incubación, proporcionaron la base de evidencia vital para la estrategia de China, ganando un tiempo invaluable para el respuesta".

[17] World Health Organization (WHO), *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 February 2020 Report, p. 17. Traducción propia. Énfasis agregado.

[18] *Ibíd.*

[19] *Ibídem*, p. 19. Sobre este aspecto, el Informe de la OMS también sostiene que: "La experiencia de China respalda firmemente la eficacia y la efectividad de anclar los planes de preparación y respuesta rápida de COVID-19 en una evaluación exhaustiva de los riesgos locales y de utilizar una estrategia de contención diferenciada basada en el riesgo para gestionar el brote en áreas sin casos vs. casos esporádicos vs. grupos de casos vs. transmisión a nivel comunitario. Dicha estrategia es esencial para garantizar un enfoque sostenible y minimizar el impacto socioeconómico".

[20] Dentro de las conclusiones arribadas por la Misión Conjunta, se identifican cuatro recomendaciones de "respuesta global" basadas en la experiencia china para contener el COVID-19.

[21] Mugabe, Robert, "¿Organización China de la Salud? Así cautivó Pekín a la OMS mientras no estabas mirando", *El Confidencial*, 9 de abril de 2020, https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-04-09/china-influencia-oms-coronavirus-tedros-adhanom_2541332/?fbclid=IwAR0ogEaemTrdfo3NHRiEaQX_qcmRffp5iZMisUf2RDfsqvK2ulKgP5OQkV

(□) Finalmente, el **11 de marzo de 2020**, debido a los "alarmantes niveles de propagación de la enfermedad[30] en el mundo (para esta fecha, ya se contabilizaba alrededor de 120.000 contagios, 4.500 muertes y 114 países afectados[31]), la OMS determina caracterizar al COVID-19 como una *pandemia global*.

En virtud a esta cadena de sucesos "oficiales" registrados por la OMS, así como la cobertura desplegada por algunos medios internacionales, es posible establecer, *prima facie*, los siguientes criterios:

16 La declaración de "emergencia de salud pública de importancia internacional" (ESPII), prevista en el artículo 12 del RSI, fue determinada por el Director General de la OMS 30 días después de la primera notificación china sobre el nuevo coronavirus.

17 El Director General de la OMS siguió las recomendaciones proporcionadas por el "Comité de Emergencia" conformado en virtud al art. 18 del RSI, ello tanto para postergar la declaratoria de ESPII (1era sesión) como para ejecutarla (2da sesión).

18 Durante este intervalo, autoridades chinas procedieron con la *censura* de toda la información "no oficial" difundida por algunos medios al interior de este país, en particular, respecto a la situación de los primeros infectados, cuya situación puede remontarse hasta noviembre del año 2019. De hecho, en los últimos días, el Ayuntamiento de Wuhan ha revelado un aumento de casi el 50% en la tasa de

mortalidad registrada inicialmente, así como una relativa alza en la curva de contagios (+325)[32]; datos que, según algunas autoridades internacionales, dejan entrever la "transparencia estadística"[33] con la que China ha manejado el curso la epidemia en su territorio.

19 No se tomaron en cuenta los estudios epidemiológicos llevados a cabo tempranamente por Taiwán en la provincia de Wuhan, cuyos resultados ya alertaban de la eventual propagación del SARS-CoV-2 entre seres humanos. Esta situación se debe a que este

---

[30] Organización Mundial de la Salud (OMS), "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", última actualización realizada el 9 de abril de 2020, https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19.

[31] Mugabe, Robert, "¿Organización China de la Salud? Así cautivó Pekín a la OMS mientras no estabas mirando", *El Confidencial*, 9 de abril de 200, https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-04-09/china-influencia-oms-coronavirus-tedros-adhanom_2541332/?fbclid=IwAR0ogEaemTrdfo3NHRiEaQX_qcmRffp5iZMisUf2RDfsqvK2ulKgP5OQkV4.

[32] "China eleva drásticamente su balance de muertos por COVID-19", *DW News*, 17 de abril de 2020, https://www.dw.com/es/china-eleva-dr%C3%A1sticamente-su-balance-de-muertos-por-covid-19/a-53158251

[33] "Trump: cifra de muertos por coronavirus en China es 'mucho más alta'", *DW News*, 18 de abril de 2020, https://amp.dw.com/es/trump-cifra-de-muertos-por-coronavirus-en-china-es-mucho-m%C3%A1s-alta/a-53171278?fbclid=IwAR2z9PLC6poSu7uD6QzsOK9auyxtT4oBL6KIKIoheQ5ceaCIZcgGzXlrWyk.

país no está reconocido por la OMS (entre otros organismos internacionales)[34] como "Estado soberano", por lo que, jurídicamente, no está facultado –a diferencia de los países miembros de este organismo– para "compartir información y recursos durante emergencias sanitarias mundiales"[35].

Como se verá más adelante, este es un aspecto que debe ser objeto de una profunda revisión por parte de la OMS, esto es, si las disposiciones del RSI (*v.gr.* intercambio de información) deben cumplirse solamente por los Estados Partes de esta organización o, por el contario –y más importante aún–, por todos los países concernidos en el control de una epidemia global, indistintamente de su membresía. De hecho, dada la fricción diplomática vigente entre Pekín y Taipéi, este último debe recurrir a la "Agencia Internacional de Regulación Sanitaria" de la ONU para notificar a la OMS sobre cualquier "evento que pudiese constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional" en el marco del RSI.

e. Casi *un mes y medio después* de la declaración ESPII, la OMS decide reconocer al COVID-19 como una "pandemia internacional", un evento que involucra la activación e intersección de varios mecanismos jurídicos que prevé del Derecho internacional en general, y el Derecho internacional de la salud en particular.

Sobre este último aspecto, diversos debates se han desarrollado en torno a la posibilidad de declarar a China *responsable internacionalmente* por el supuesto incumplimiento de sus obligaciones procedimentales relativas al deber de *notificación oportuna* e *intercambio de información* previstas en los artículos 6 y 7 del RSI. Para evaluar adecuadamente el alcance de estas obligaciones, es necesario definir *ab initio* los siguientes aspectos:

a. Si el marco normativo internacional en materia de salud pública prevé obligaciones de esta naturaleza frente a una pandemia.
b. En caso afirmativo, si el incumplimiento de estas obligaciones supone la comisión un acto internacionalmente ilícito atribuible a un Estado y si, consecuentemente, está obligado a reparar.
c. Si procede la aplicación de algunos principios consolidados en el Derecho internacional contemporáneo en este ámbito (*v.gr.* deber de prevención, obligación de no causar daño trasfronterizo, entre otros).

---

[34] El 25 de octubre de 1971, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución N° 2758 (XXVI), cuyo contenido establece que la "República Popular de China" es el único representante legítimo de China ante las Naciones Unidas, "Restoration of the lawful rights of the People's Republic of China in the United Nations", UN General Assembly (26th sess.), 1971, https://digitallibrary.un.org/record/192054.

[35] Chan, Wilfred, "The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price", *The Nation*, April 3, 2020, https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/. Traducción propia.

En cuanto al primer elemento, el instrumento jurídico vinculante para el tratamiento de una pandemia de trascendencia global es el Reglamento Sanitario Internacional del año 2005[36] (RSI), cuya finalidad consiste en "*prevenir* la propagación internacional de enfermedades, *proteger* contra esa propagación, *controlarla y darle* una respuesta de *salud pública* proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales"[37].

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 6.2 de este instrumento:

"Cada Estado Parte *notificará* a la OMS por el medio de comunicación más eficiente de que disponga… y antes de que transcurran 24 horas desde que se haya evaluado la información concerniente a la salud pública, todos los eventos que ocurran en su territorio y que *puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional* de conformidad con el instrumento de decisión, así como toda medida sanitaria aplicada en respuesta a esos eventos.

> (…) Una vez cursada la notificación, el Estado Parte *seguirá comunicando* a la OMS *información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública de que disponga relativa al evento notificado*".

Asimismo, el art. 7 del RSI establece que:

"Si un Estado Parte tiene pruebas de que se ha producido un evento imprevisto o inusual, cualquiera que sea su origen o procedencia, que podría constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, *facilitará* a la Organización Mundial de la Salud *toda la información* concerniente a la salud pública".

Consecuentemente, parece evidente que la *obligación de notificar* oportunamente e *intercambiar información* por parte de los Estados respecto de eventos que puedan derivar en una emergencia de salud pública internacional, sí se halla regulada por el marco jurídico internacional previsto por la OMS, advirtiéndose en la mismas una naturaleza procedimental.

En cuanto al segundo elemento, para determinar la responsabilidad internacional del Estado, es preciso identificar:

a) La *obligación internacional* cuyo cumplimiento es esencial para la comunidad internacional;
b) La *violación* de dicha obligación que tiene como consecuencia la comisión de un hecho internacionalmente ilícito;
c) El *nexo causal* entre el hecho internacional ilícito y el daño causado; y

---

[36] Artículo 21 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud: "La Asamblea de la Salud tendrá autoridad para adoptar reglamentos referentes a: a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos…", https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

[37] Artículo 2 del Reglamento Sanitario Internacional, https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/. Énfasis añadido.

d) La *legitimación activa* del sujeto internacional para invocar la responsabilidad internacional del Estado responsable.

Respecto al inciso *a)*, está claro que el cumplimiento de la obligación de *notificar e intercambiar información oportuna* por parte del Estado en cuyo territorio se haya producido un evento que pueda constituir una emergencia de salud pública internacional, repercute en los *intereses comunes* de la comunidad de Estados como un asunto de seguridad nacional e internacional, por lo que su cumplimiento es esencial.

Respecto a los incisos *b) y c)*, es importante observar dos cuestiones operativas. En primer lugar, el artículo 12 del "Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" refiere que: "Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación"[38]. En segundo lugar, la Corte Internacional de Justicia de La Haya (CIJ), en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, ha establecido que para determinar la existencia de responsabilidad internacional, debe existir "…un nexo causal *suficientemente directo y seguro* entre el hecho ilícito, el incumplimiento por parte del Demandado de la obligación… y la lesión sufrida por el Solicitante, que consiste en todo daño de cualquier tipo, material o moral…"[39]. En ese sentido, debe demostrarse, en términos objetivos –y con un "grado de certeza suficiente"[40]– que el cumplimiento de China respecto de sus obligaciones procedimentales en el marco del RSI, hubiese evitado el brote pandémico del Covid-19, una situación que se ha traducido, hasta la fecha, en la pérdida de numerosas vidas humanas, entre otros efectos.

Para confirmar estos extremos, es necesario revisar algunos elementos factuales desarrollados antes, durante, y después de confirmada la alerta sanitaria internacional por parte de la OMS. Así, de acuerdo con algunos medios internacionales, el primer caso de infección por una "neumonía atípica" en China, fue registrado el 17 de noviembre de 2019[41], semanas antes de que las autoridades chinas anunciaran la aparición del nuevo coronavirus (31 de diciembre de 2019). El *quid* de la cuestión reside en comprobar si, a partir de los datos científicos con los que contaban "preliminarmente" las autoridades sanitarias de Wuhan, el nuevo patógeno podía considerarse como un evento epidémico de

---

[38] Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Resolución aprobada por Quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de enero de 2002, https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83&Lang=S.

[39] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), *Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 43, para 462, https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf,.

[40] *Ibíd.*

[41] Davidson, Helen, "First Covid-19 case happened in November, China government records show-report", *The Guardian*, March 13, 2020, https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/first-covid-19-case-happened-in-november-china-government-records-show-report.

importancia internacional y, en consecuencia, debía notificarse *ipso facto* su reconocimiento ante los organismos competentes, evitando así su propagación en la dimensión y afectación actuales.

El desafío es aún mayor si consideramos las diversas restricciones impuestas por el gobierno chino (con una carga punitiva adicional) en torno a la información científica desarrollada por su propio personal médico, así como su falta de transparencia[42]. En ese escenario, es poco probable que, dada la información con la que se dispone y el grado de incertidumbre epidemiológica persistente respecto al virus, pueda demostrarse –en términos inequívocos– el nexo causal "suficientemente directo y seguro" exigido por la CIJ. Además, como señala David Fidler, "la práctica estatal ha mostrado poco interés, si es que lo hay, en los principios de responsabilidad del Estado por actos presumidos como legalmente ilícitos con respecto al movimiento transfronterizo de patógenos"[43], por lo que la "aplicación mecánica del RSI y los principios de responsabilidad estatal a la pandemia del COVID-19"[44] podría tornarse inconducente.

Empero, aun asumiendo *arguendo* el incumplimiento de China respecto de su obligación de notificar oportunamente e intercambiar información en el marco del RSI (arts. 6 y 7), este instrumento no prevé, por un lado, *medidas de reparación y/o compensación* por el quebrantamiento de dichas disposiciones y, por otro, la posibilidad de recurrir ante una jurisdicción contenciosa (*v.gr.* la CIJ) para la dilucidación de las posibles reclamaciones desarrolladas *supra*. De hecho, el artículo 56 del RSI contempla la negociación, u otros mecanismos pacíficos previstos por el Derecho internacional –incluido los buenos oficios del Director General de la OMS–, para resolver las controversias emergentes entre los Estados Partes acerca de la "*interpretación o la aplicación*" de dicho instrumento, pudiendo recurrir, alternativamente (y previo acuerdo), al arbitraje interestatal.

En ese sentido, un Estado Parte del RSI podría argüir (y acá entra en juego el incido *d) supra*), por ejemplo, un problema de aplicación en torno al deber de *notificación e intercambio de información oportuna* por parte de China, al no haberse producido bajo los estándares establecidos por este instrumento, lo que ha conducido al incumplimiento de sus obligaciones internacionales. No obstante, aun cuando dicha disyuntiva pueda recaer en el sentido prescrito por el art. 56 del RSI y aplicarse en consecuencia los principios de la responsabilidad internacional de los Estados, su resolución debe supeditarse a los mecanismos previstos por este artículo, donde no opera la jurisdicción contenciosa (además

---

[42] Davidson, Helen, "First Covid-19 case happened in November, China government records show-report", The Guardian, March 13, 2020, https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/first-covid-19-case-happened-in-november-china-government-records-show-report.

[43] Fiedler, David, "COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage?", *Just Security*, March 27, 2020, https://www.justsecurity.org/69394/covid-19-and-international-law-must-china-compensate-countries-for-the-damage-international-health-regulations/?fbclid=IwAR3q5_N3B2IZsjROjrLocskxZl-XKgwSDeyTSs-qhjmohWFouSOQOWNarWM.

[44] *Ibíd.*

de requerir, por supuesto, del *consentimiento expreso* de China para este efecto). Si bien algunos académicos plantean la posibilidad de activar la competencia de la CIJ para demandar a China en virtud del art. 75 de la Constitución de la OMS, su consecución revela más interrogantes que certezas en tanto requiere de la aplicación una *interpretación extensiva* respecto del alcance de alguna de sus cláusulas (*v.gr.* arts. 21-22, 64, 63 y 37 de la C-OMS)[45].

Otros publicistas arguyen, en cuanto al tercer elemento, que determinados principios del Derecho internacional contemporáneo pueden ser aplicables a las omisiones presuntamente llevadas a cabo por el gobierno chino, específicamente con el *deber de prevenir* cualquier actividad peligrosa en su territorio que pueda suponer un riesgo de "daño transfronterizo" (*Trail Smelter*, *Lake Lonoux*). Así, el incumplimiento de esta obligación conduciría a la responsabilidad internacional de China y, subsecuentemente, al deber de reparar a los Estados afectados por las consecuencias perjudiciales que trajo consigo la prosecución de estos actos[46]. La consecución de esta iniciativa encontraría, sin embargo, las mismas aristas descritas precedentemente respecto al deber de *notificación oportuna*.

Por otro lado, algunos analistas convienen en la posibilidad de establecer la responsabilidad internacional de la OMS por el brote del Covid-19. Este planteamiento encontraría, una vez más, diversas complicaciones ya que el tratado por cual se rige este organismo no prevé ninguna *obligación de prevenir* respecto de la contingencia epidémica en curso; de hecho, los objetivos plasmados en este instrumento responden a criterios procesales (*v.gr.* proponer convenciones, acuerdos y reglamentos y hacer recomendaciones referentes a asuntos de salubridad internacional) que la OMS debe adoptar para lograr "el grado más alto posible de salud" entre los países de la comunidad internacional (art. 1 C-OMS) que, como veremos más adelante, encuentra consonancia con el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Bajo estas consideraciones, es posible concluir, como apunta David Fidler, que la supuesta responsabilidad china por las consecuencias del COVID-19 parece ser un tema que atinge, en mayor grado, a connotaciones de carácter geopolítico que al Derecho internacional propiamente. Sin embargo, ante la *fosilidad* de algunos canales diplomáticos y la *inercia* del multilateralismo para intensificar una cooperación internacional que actúe eficazmente frente a la crisis sanitaria en curso, es posible recomendar las siguientes pautas:

a. Debe constituirse un "sistema de monitoreo, control y seguimiento" –coordinado por los Estados– respecto de las obligaciones internacionales establecidas en el marco jurídico sanitario de la OMS. Esta iniciativa puede coadyuvar a desconcentrar las

[45] Tzeng, Peter, "Taking China to the International Court of Justice over COVID-19", *EJIL:Talk!*, April 2, 2020, https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/?fbclid=IwAR05oPvf_xvzgH5kNOEXb03ianEDbSBDDiVEuBPGx72UqO_4lKEkuww_erk.

[46] Miller, Russell and Starshak, William, "China's Responsibility for the Global Pandemic", *Just Security*, March 31, 2020, https://www.justsecurity.org/69398/.

amplias facultades que detenta actualmente el Director General de la OMS, en particular, la discrecionalidad para declarar una "emergencia de salud pública de importancia internacional".

b. Debe analizarse, como fue señalado inicialmente, la posibilidad de extender las facultades previstas por el RSI a otros Estados que no sean parte de este instrumento, particularmente en lo que refiere al intercambio de información técnico-científica. En ese sentido, es importante que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) elabore un "Proyecto de Artículos" respecto a los principios rectores aplicables a situaciones de emergencia sanitaria internacional[47], y reúna, en consecuencia, la práctica internacional consolidada en este campo[48].

c. Con el fin de evitar el surgimiento de nuevos fenómenos epidémicos que comprometan la salud pública global, es importante que China revise, en el marco de su derecho interno, las regulaciones en materia de seguridad alimentaria y salud pública, así como el control de especies animales en su territorio, esto último a partir de las directrices de la Organización Mundial de Sanidad Animal[49].

d. Finalmente, es importante que los Estados apuesten por un mayor incentivo económico en la investigación de enfermedades transmisibles de impacto internacional, evitando así que estas decisiones sean definidas por emporios empresariales en función a su *rentabilidad*[50].

2. Qué opina Ud. acerca de las decisiones del Estado italiano respecto a negarle el acceso a cuidados intensivos a los mayores de 80 años y también a aquellas personas con problemas previos de salud, por ejemplo, no brindándoles asistencia de ventilación mecánica? ¿Generaría ello responsabilidad internacional?

R.- Las decisiones adoptadas por el gobierno italiano frente a la epidemia del Covid-19 han sido, cuando menos, polémicas, particularmente en lo que refiere al tratamiento sanitario de las personas adultas. Como se observará más adelante, estas determinaciones pueden repercutir seriamente en sus obligaciones internacionales; una situación que derivaría, eventualmente, en la declaración de su responsabilidad internacional por parte de un

---

[47] Este planteamiento está basado en los intercambios sostenidos entre los profesores Philip Sands y Gian Luca Burci en el marco del Webinar: "COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?", publicado el 17 de abril de 2020, https://www.youtube.com/watch?v=d-IRZ6WPiCI&fbclid=IwAR0WhUnPVdp2TJZrrnJl-807KWwcR-0BOJiGszQyTfPQveyhX1DMhOIzgec.

[48] Actualmente, el Instituto de Derecho Internacional de Ginebra ha conformado una nueva Comisión (N° 12) sobre "Pandemias y Derecho internacional" que tiene como Relator a Mr Shinya Murase y se enfocará en el desarrollo y aclaración de los principios legales para acciones futuras en "preparación y respuesta" a una pandemia, https://www.idi-iil.org/en/nouvelle-commission-pandemies-et-droit-international/.

[49] *Ibíd.*

[50] Navas, María Elena, "Coronavirus: cómo el mundo desaprovechó la oportunidad de tener una vacuna lista para hacer frente a la pandemia", *BBC News*, 9 de abril de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-52216766?at_campaign=64&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_custom4=D50B0F5E-798D-11EA-8A67-9B6C96E8478F&at_medium=custom7&at_custom2=facebook_page&at_custom3=BBC+News+Mundo&fbclid=IwAR2eq2mIY7330IQomHVnqsN7si_vK8GhlTw4GdRMc_hb0E5TvinTOnsXnNw.

tribunal de derechos humanos. En tal entendido, a continuación se presentan algunas consideraciones jurídico-factuales factuales que permitirán sustentar la conclusión señalada precedentemente.

Así, de acuerdo con el "mapa de registro para el Covid-19" elaborado por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), Italia es el tercer país del mundo –por debajo de España y Estados Unidos– con la mayor cantidad de contagios registrados hasta la fecha (181.228 p.)[51], aunque el primero en tasa de mortalidad (12,83%) según las cifras proporcionados por el propio gobierno italiano[52]. Estos alarmantes datos se han producido, en gran medida, debido a las inconducentes y contradictorias declaraciones en las que han incurrido diversas autoridades públicas de ese país (desde el nivel central y municipal), provocando no sólo una descoordinación en el sector administrativo, sino también (y peor aún) una ola de confusión en la población italiana en torno a la letalidad del virus[53], no obstante de la evidencia científica con la que contaba oportunamente *il governo nazionale*.

Tiempo después, frente a la expansión inconmensurable del patógeno, las autoridades italianas se vieron forzadas a imponer regulaciones de mayor envergadura, situación que ha derivado –al igual que en otros países– en el bloqueo de toda actividad prescindible y, consecuentemente, en la ralentización de la economía interna. Sin embargo, la *progresividad* con la que fueron implementadas estas medidas, así como la falta de control oportuna de los casos de infección presentados, han conducido, entre otros efectos, al colapso del sistema sanitario local, un panorama devastador con el que el segundo sistema sanitario de Europa se ve enfrentado cotidianamente.

Pese al registro de enfermos recuperados (38.092)[54], la inversión económica inyectada en el sistema sanitario (25.000 millones de euros)[55], y el descenso en la curva de contagios advertido en los últimos días[56], muchos pacientes no tienen la posibilidad de recibir una asistencia adecuada, lo que ha derivado en la elaboración de un Protocolo –con graves

---

[51] Datos obtenido del "Mapa de Registro para el Covid-19" elaborado por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), revisados el 20 de abril de 2020, https://coronavirus.jhu.edu/map.html.

[52] "Coronavirus: qué hay detrás del alto número de muertes en Italia a causa del covid-19", *BBC News*, 25 de marzo de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-51817327.

[53] Horowitz, Jason, Bubola, Emma y Povoledo, Elisabetta, "Coronavirus: lecciones para el mundo desde Italia, el nuevo epicentro de la pandemia", 22 de marzo de 2020, *The New York Times*, https://www.nytimes.com/es/2020/03/22/espanol/coronavirus-lecciones-italia.html.

[54] Datos obtenidos de la "Tabla informática para el Covid-19" del Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), revisado el 17 de abril de 2020, https://coronavirus.jhu.edu/map.html.

[55] Horowitz, Jason, Bubola, Emma y Povoledo, Elisabetta, "Coronavirus: lecciones para el mundo desde Italia, el nuevo epicentro de la pandemia", 22 de marzo de 2020, *The New York Times*, https://www.nytimes.com/es/2020/03/22/espanol/coronavirus-lecciones-italia.html.

[56] "Italia baja número de contagios, pero suben muertes por coronavirus", *Excélsior*, 15 de abril de 2020, https://www.excelsior.com.mx/global/italia-baja-numero-de-contagios-pero-suben-muertes-por-coronavirus/1375979.

repercusiones ético-clínicas– para determinar "qué pacientes recibirán tratamiento en cuidados intensivos y cuáles no"[57], implementándose al efecto un *codice di acceso* para la atención de enfermos que presenten "escasas probabilidades de supervivencia debido a la edad avanzada o a patologías preexistentes"[58].

Si bien este documento no ha sido aprobado aún por el Comité técnico-científico de Italia, en los hechos, el personal médico italiano se ha visto forzado a adoptar decisiones que han limitado el acceso de las personas mayores de 80 años edad[59] –e incluso menores (60 años)– a los servicios de sanidad pública, esto debido al número limitado de máquinas respiratorias[60] con las que cuenta el país transalpino. A este respecto, es importante señalar que, según el Instituto Nacional de Estadísticas (Istat), en Italia residen alrededor de "14 millones de personas mayores de 65 años", una cifra que representa alrededor del 22% de la población[61], constituyéndose en un importante segmento poblacional de ese país.

Aunque algunos autores han destacado la armonización de las medidas de restricción social adoptadas por el Estado italiano con los estándares internacionales en materia de derechos humanos[62] (no exentas de algunas críticas en el plano doméstico[63]), es evidente la poca atención que ha merecido, en la presente coyuntura, la situación de las personas adultas en situaciones de riesgo, particularmente cuando han sido privadas –sin que medie una justificación razonable–, de las garantías reconocidas por los tratados internacionales, configurando de ese modo un *trato discriminatorio*. A este respecto, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH): "El goce de los

---

[57] "Por el colapso sanitario en Italia, proponen no dar prioridad a los pacientes mayores de 80 años con coronavirus", *Infobae*, 15 de marzo de 2020, https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/15/por-el-colapso-sanitario-en-italia-proponen-no-dar-prioridad-a-los-pacientes-mayores-de-80-anos-con-coronavirus/

[58] Di Blasi, Erica, "Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus", *The Telegraph*, March 14, 2020, https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/.

[59] "Coronavirus en Italia, 'La sala de emergencias se está derrumbando': la dramática situación que deben enfrentar los médicos que atienden a pacientes con covid-19 en el país europeo", *BBC mundo*, 19 de marzo de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-51919561.

[60] Pineda, Elsy, "Italia ya no atiende a pacientes con coronavirus mayores de 60 años", *noticiasya*, https://noticiasya.com/2020/03/22/italia-ya-no-atiende-a-pacientes-con-coronavirus-mayores-de-60-anos/; Tobin, Jonathan S., "In Italy's Coronavirus Crisis, the Elderly Are Left to Die. Will Trump Let America Follow?", March 18, 2020, https://www.haaretz.com/us-news/.premium-in-u-s-coronavirus-crisis-will-trump-save-the-elderly-or-condemn-them-to-death-1.8687478.

[61] "Coronavirus: qué hay detrás del alto número de muertes en Italia a causa del covid-19", *BBC News*, 25 de marzo de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-51817327.

[62] Spadaro, Alessandra, "Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?" *EJIL:Talk!*, March 16, 2020, https://www.ejiltalk.org/do-the-containment-measures-taken-by-italy-in-relation-to-covid-19-comply-with-human-rights-law/.

[63] Estas observaciones han girado en torno a la naturaleza normativa de las disposiciones adoptadas por el gobierno italiano y su incompatibilidades con los estándares constitucionales para restringir derechos en casos excepcionales, extremo que otorgado una especie de *carte blanche* al Presidente del Consejo der Ministro italiano, "lo que le permite limitar las libertades sin criterios o principios precisos a seguir"; Vedaschi, Arianna and Graziani, Chiara, "Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on the Italian Situation", *Verfassungsblog*, March 12, 2020, https://verfassungsblog.de/coronavirus-emergency-and-public-law-issues-an-update-on-the-italian-situation/. Traducción propia.

derechos y libertades… ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o *cualquier otra situación*”[64].

Según las Directivas en materia de no discriminación de la Unión Europea, “la categoría ‘cualquier otra situación’ ha permitido al TEDH incluir (entre otras) aquellas características expresamente protegidas por las Directivas en materia de no discriminación, a saber: discapacidad, *edad* y orientación sexual”[65]. Adicionalmente, el artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), prohíbe “toda discriminación”, en particular, aquella ejercida por “razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, *edad* u orientación sexual”[66]. Adicionalmente, el art. 25 de este instrumento reconoce el derecho “de las personas mayores a llevar una *vida digna* e independiente y a participar en la vida social y cultural”, así como de acceder a una “atención médica preventiva y tratamiento médico” adecuados (art. 35 del CDFUE).

De igual forma, el Comentario General No. 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, ha referido que si bien “el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas mayores”, este sector tiene derecho a disfrutar de todas las garantías reconocidas en dicho instrumento, lo que implica, *inter alia*, la obligación de los Estados de asegurar el “más alto nivel posible de salud física y mental” a través de la “asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad” (art. 12 del PIDESyC)[67]. A este respecto, la Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que:

“El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una

[64] Artículo 14 (Prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

[65] *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 184, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf.

[66] Artículo 21 (No discriminación) de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

[67] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Person*s, 8 December, 1995, E/1996/22, https://www.refworld.org/docid/4538838f11.html. Traducción propia.

vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva"[68].

Similarmente, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha señalado que "dentro de las obligaciones positivas que surgen en virtud del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, los Estados parte deben ofrecer una *asistencia adecuada y oportuna* que se halle exenta de cualquier *discriminación*"[69]; una connotación que encuentra resonancia en el "Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento" de 1982[70] por un lado, y en la "Declaración de Principios de las Naciones Unidas para las personas mayores" de 1991[71], por otro.

Por otra parte, la jurisprudencia desarrollada por los tribunales competentes en este ámbito ha sido particularmente orientativa. Así por ejemplo, en el asunto *Werner Mangold/Rüdiger Helm*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TEJUE) ha establecido que "la prohibición de discriminación por razón de edad" constituye un "*principio general* del Derecho de la Unión"[72], debiendo interpretarse en relación con los principios generales del Derecho internacional. Por su parte, en el caso *Schwizgebel vs. Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha manifestado que:

"…una diferencia de trato es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una *justificación objetiva o razonable*. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el objetivo y los efectos de la medida en cuestión, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido por el Convenio no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 también será violado cuando se establezca claramente *que no existe una relación razonable de proporcionalidad* entre los medios empleados y el *objetivo* buscado a realizarse. (…) la noción de discriminación generalmente cubre

---

[68] Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),* 22º período de sesiones, Ginebra, mayo del año 2000, párr. 11, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.

[69] *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 148, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf. Énfasis añadido.

[70] Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, adoptada por la Asamblea General de la ONU de 1982 bajo Resolución N° 37/51, https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/vienna-international-plan-of-action.html.

[71] La "Declaración de Principios de las Naciones Unidas para las personas mayores" adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1991 bajo Resolución N° 46/91, "…alienta a los gobiernos del mundo a incorporar en sus legislaciones internas políticas sociales destinadas a garantizar el "acceso a la atención médica de las personas mayores, "incluido el pleno respeto de su dignidad… y el derecho a tomar decisiones sobre su atención y la calidad de sus vidas", https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/international-year-of-older-persons-1999/principles/los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad.html.

[72] *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 219, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf. Énfasis agregado.

aquellos casos en que una persona o grupo es tratado, sin una justificación adecuada, de manera *menos favorable* que otra, incluso si el Convenio no exige un trato más favorable"[73].

En el presente caso, la diferencia de trato en razón de edad que actualmente acontece en el sistema sanitario italiano carece de justificación "objetiva y razonable", advirtiéndose al efecto un tratamiento "menos favorable" de las personas adultas (concebidos además como *grupos vulnerables*) frente a los demás ciudadanos en una situación que reviste, en esencia, connotaciones similares, esto es, el goce de un servicio efectivo de salud. El problema es aún peor si se evidencia que la imposibilidad de acceder a dicho servicio por parte de las personas adultas en Italia, constituye un trato *inhumano* derivado del tratamiento discriminatorio del que es objeto este grupo por parte las autoridades sanitarias de ese país, un escenario que conduciría no solo a la discriminación en relación con el acceso a la asistencia sanitaria (comprendido en el ámbito normativo del artículo 14 del Convenio Europeo) sino también, y particularmente, a la violación de una *norma absoluta* consagrada por el Derecho internacional de los derechos humanos, esto es, la prohibición de tortura y otros tratos crueles, *inhumanos* y degradantes.

Una justificación de dicho tratamiento en virtud al déficit de infraestructura y equipamiento sanitario que actualmente aqueja al Estado italiano no resistiría un *test de razonabilidad y proporcionalidad*, ya que la responsabilidad de garantizar –a través de la adopción de políticas programáticas– el acceso de todos las personas a un sistema de salud público adecuado, compete en todo momento y en cualquier circunstancia al Estado, donde el *deber de prevenir* –aunado al principio de *debida diligencia*– cumple un rol preponderante frente a un fenómeno contingente. Como señala la Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "….incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos, es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo"[74].

Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones positivas y negativas dispuestas en los instrumentos normativos descritos *ut supra*, supone:

a. La responsabilidad internacional del Estado por la violación a los límites negativos impuestos (*v.gr.* prohibición de discriminación) sobre determinados derechos sociales (*v.gr.* acceso a un servicio de salud) de las personas adultas reconocidos por diversos tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos.

b. La responsabilidad internacional del Estado por la violación de normas *absolutas* (*v. gr.* prohibición de aplicar tratos crueles, *inhumanos* y degradante) en relación con la

---

[73] ECHR, *Case of Schwizgebel vs. Switzerland*, Judgment, June 10, 2010, paras 77-78, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99288. Traducción propia. Énfasis añadido.

[74] Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22º período de sesiones, Ginebra, mayo del año 2000, párr. 18, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.

privación del acceso a un servicio de salud reconocido por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, es importante precisar que las medidas de restricción impuestas por el Estado italiano a determinados derechos fundamentales sólo son justificables en tanto dichas limitaciones no sean "incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional" (art. 4 del PIDCP) y respondan a criterios de *necesidad y proporcionalidad* con el objetivo legítimo identificado, a saber, la protección de la salud pública frente a una epidemia. Empero, si la excepción a la garantía no halla satisfacción en el accionar del Estado a raíz de la aplicación de criterios contraproducentes al fin perseguido, la declaración de *estado de emergencia* se vería desafiada en términos jurídicos.

3. **¿Qué apreciación tiene usted de las acciones tomadas por Portugal al integrar a los migrantes dentro de las medidas tomadas para combatir el coronavirus? ¿Cuál es la protección que deberían recibir los migrantes en un contexto de pandemia?**

R.- El caso de Portugal reviste particular importancia debido a las connotaciones positivas de derechos humanos que encierra la política migratoria adoptada por este país frente a la emergencia del Covid-19. En concreto, el gobierno luso ha decretado la *incorporación automática* de los ciudadanos migrantes cuyo proceso de admisión se encontraba pendiente de aprobación (incluidos aquellos que han solicitado asilo), así como la renovación de su permanencia en caso de que ésta hubiese expirado[75].

De acuerdo con las autoridades portuguesas, esta medida ha sido establecida en virtud a la dificultad que supone la prosecución legal de estos trámites frente al *estado de emergencia* decretado en todo el país, cuyo efecto, entre otros, ha sido el cierre de los servicios de Extranjería y ha permitido, fundamentalmente, el acceso de las personas migrantes a todas los garantías y derechos que gozan los ciudadanos portugueses (*v.gr.* acceso al servicio nacional de salud)[76]; una política por demás plausible en un escenario internacional donde la devolución de extranjeros a sus territorios de origen se ha producido estrepitosamente, no obstante de las restricciones establecidas sobre este tipo de medidas por parte de los instrumentos de derechos humanos[77] y de Derecho internacional humanitario[78].

---

[75] Li, Monica, "COVID-19's impact on migrant communities", *European web site on integration*, April 16, 2020, https://ec.europa.eu/migrant-integration/news/covid-19s-impact-on-migrant-communities.

[76] Del barrio, Javier Martín, "Portugal regulariza a todos los inmigrantes pendientes de autorización de residencia", *El País*, 28 de marzo de 2020, https://elpais.com/internacional/2020-03-28/portugal-regulariza-a-todos-los-inmigrantes-pendientes-de-autorizacion-de-residencia.html.

[77] Por ejemplo el artículo 4 (*Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros*) del Protocolo N° 4 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio, https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1963-Protocolo04-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#a4.

[78] A este respecto, son particularmente relevantes los denominados *acuerdos de readmisión*, que involucran a un Estado de destino –donde los inmigrantes y refugiados irregulares aspiran a reubicarse– y un Estado de

Para algunos analistas, la extensión universal de todas las garantías que reconoce el derecho portugués hacia los ciudadanos extranjeros –que implica, entre otros elementos, la suspensión temporal de registro migratorio y el acceso a los servicios de asistencia financiera y de salud–, minimizará la propagación de la enfermedad ya que, por un lado, limitará la exposición de los funcionarios fronterizos y los solicitantes al patógeno y, por otro, aliviará la presión de las personas migrantes en búsqueda de empleo[79].

En ese sentido, es destacable la incorporación de un *enfoque inclusivo* de derechos humanos en el diseño de la política migratoria adoptada por el Estado portugués, otorgando subjetividad jurídica a las personas migrantes en su territorio, lo que supone, sustancialmente, el acceso de este grupo de personas a todos las garantías jurídicas reconocidas por el ordenamiento interno de ese país. A este respecto, la Red de Naciones Unidas sobre Migración ha recomendado a los Estados de la comunidad internacional a (re)ajustar sus políticas migratorias frente al brote del Covid-19 (un escenario que incluye situaciones de control fronterizo, retorno forzoso, entre otros) con el objetivo de asegurar su compatibilidad con "estrategias efectivas de salud pública"[80].

Por otra parte, respecto a la situación de los migrantes en contextos de epidemia trasnacional, la legislación en materia de sanidad internacional presenta algunos lineamientos importantes. Así por ejemplo, el RSI prevé la adopción, por los Estados Parte, de diversas medidas sanitarias (*non exclusive*) para el ingreso o salida de las personas en sus territorios. Asimismo, el art. 23 de este instrumento jurídico establece la posibilidad de solicitar a los "viajeros" (cuyo alcance analizaremos más adelante) información sobre su destino e itinerario" esto con el objetivo de "averiguar si han estado en una zona afectada o sus proximidades, o sobre otros posibles contactos con una infección o contaminación antes de la llegada"[81].

Por su parte, el art. 31 del referido instrumento contempla la eventualidad de imponer, cuando concurren determinadas circunstancias (*v.gr.* riesgo de salud pública), determinadas medidas profilácticas sobre los viajeros, siempre que éstas resguarden su "dignidad,

---

origen –fuente de inmigración irregular– , incorporan "cláusulas detalladas sobre los derechos y obligaciones estatales en contextos de retorno y readmisión de nacionales" regidos por los principios de reciprocidad y cooperación internacionales; Hallee, Caron, Refugees, "Readmission Agreements, and 'Safe' Third Countries: A Recipe for Refoulement?", Journal of Regional Security, N° 12, 2017, pp. 27-50; Gregor, Noll, The International Court of Justice and Migration, Department of Law, Gothenburg University, 2020, p. 3, https://ssrn.com/abstract=3513844.

[79] Schmitt, Alexandra and Massimino, Elisa, "A Migrant Model To Follow: Portugal's Response to the Coronavirus", *Center for American Progress*, April 10, 2020, https://www.americanprogress.org/issues/security/news/2020/04/10/482998/migrant-model-follow-portugals-response-coronavirus/.

[80] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNU), "El COVID-19 no discrimina; ni tampoco nuestra respuesta", https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25730&LangID=S.

[81] Artículo 23 del Reglamento Sanitario Internacional, https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/.

derechos humanos y libertades fundamentales" (arts. 3 y 32 del RSI)[82]. Pese a la cobertura abstracta que comporta este enunciado, está claro que todas las regulaciones migratorias que implementen los Estados en situaciones de emergencia sanitaria transfronteriza deben guardar estricta relación con los estándares internacionales en materia de *igualdad y no discriminación*, evitando vulnerar las obligaciones negativas que detentan en este ámbito, por ejemplo, la prohibición de dar un tratamiento diferente sobre las personas en base a su origen nacional.

La interconectividad de los supuestos normativos precedentes, esto es, entre el Derecho sanitario internacional, el Derecho migratorio, y el Derecho internacional de los Derechos Humanos, puede advertirse también en los "Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales", cuya Directriz N° 6 (Examen y Entrevistas) indica la necesidad de:

"Garantizar que la salud pública sólo se invoca como motivo para limitar los derechos de entrada donde haya graves amenazas para la salud de la población o de determinadas personas, prestando la debida atención al *Reglamento Sanitario Internacional* de la Organización Mundial de la Salud"; y

"Asegurar que cualquier examen físico de salud relacionado con restricciones de entrada o estancia, incluidas las pruebas para la detección de enfermedades transmisibles, *cumpla con las normas de derechos humanos*, haciendo hincapié en el carácter voluntario de las pruebas, obteniendo el consentimiento informado, proporcionando asesoramiento adecuado previo y posterior a la prueba, y protegiendo la confidencialidad"[83].

Sin perjuicio de lo anterior, una aproximación ontológica del concepto "viajero" explicitado por el RSl puede resultar problemático en términos interpretativos. Así, de acuerdo con el Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), viajero es toda "persona que se desplaza de un lugar a otro, *por cualquier razón*"[84]; en tanto que para el RSI, viajero supone "toda persona física que realiza un viaje internacional" *tout court*, lo que excluiría, *prima facie*, las migraciones irregulares o desplazamientos forzosos de su ámbito de aplicación, aspectos que requieren especial atención frente a una emergencia sanitaria transfronteriza.

En ese sentido, la proposición descriptiva recogida por el RSI, específicamente en el campo de las "definiciones", debería incorporar un enunciado que amplíe el marco de regulación fronteriza *ratio personae*, particularmente aquel registrado por el Glosario de la OIM; una

---

[82] "La gestión de los viajeros enfermos en los puntos de entrada –aeropuertos, puertos y pasos fronterizos terrestres internacionales– en el contexto del brote de COVID-19", https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331193/WHO-2019-nCoV-POEmgmt-2020.1-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Énfasis añadido.

[83] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (OACNU), *Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales*, p. 32, https://acnudh.org/load/2018/07/Principios-y-Directrices-recomendados-sobre-los-derechos-humanos-en-las-fronteras-internacionales.pdf. Énfasis añadido.

[84] OIM, *Glosario sobre migración*, Derecho internacional sobre migración N° 7, Ginebra, 2006, p. 79, https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf.

iniciativa que permitiría cohesionar, por un lado, las obligaciones establecidas por los regímenes legales aplicables a situaciones de pandemia, y por otro, los objetivos perseguidos por el RSI, a saber, y en particular, "la protección de los *derechos humanos* de los viajeros *y otras personas*"[85].

Por otra parte, la situación de las personas refugiadas y migrantes detenidos en algunas latitudes de Europa (principalmente en Grecia y Jordania[86]) merece una especial consideración debido a las condiciones insalubres y de hacinamiento a las que habitualmente son expuestas, elevando no solo su probabilidad de contagio ante la imposibilidad de adoptar medidas de *distanciando social*, sino también, y aun peor, en la eventual propagación de la enfermedad. Por ello, diversos organismos internacionales como la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), la OMS o la propia OIM –entre otros–, han instado a los Estados a "gestionar las restricciones fronterizas de una manera que se respeten los derechos humanos y las normas de protección de refugiados, incluido el *principio de no devolución*, a través de controles de cuarentena y de salud"[87].

En el plano regional, donde se han producido regresos masivos de nacionales a sus países de origen, cobra seminal importancia el "derecho de retorno", cuya garantían (concordante con el art. 13.2 de la Declaración Universal) se halla contemplada en el artículo 22.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al establecer que: "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo". De hecho, de acuerdo con las declaraciones vertidas por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, "toda persona tiene *derecho a regresar* a su país de origen, incluso durante una pandemia"[88], por lo que los gobiernos tienen la obligación de asegurar un "*regreso seguro*, digno y voluntario de sus ciudadanos, así como su reincorporación sostenible a la sociedad"[89], garantizando además su "acceso equitativo a la información, a los tests, a los cuidados sanitarios y a la protección social"[90], sin discriminación de ninguna índole e independientemente de su *estatus migratorio*.

---

[85] OMS, *Reglamento Sanitario Internacional*, 3era. ed., 2005, https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/

[86] Silkoset, Andrea, "'We are all fragile, but we are not all equally fragile': Humanitarian operations amidst the COVID-19 pandemic", *Peace Research Institute Oslo*, April 8, 2020, https://blogs.prio.org/2020/04/we-are-all-fragile-but-we-are-not-all-equally-fragile-humanitarian-operations-amidst-the-covid-19-pandemic/.

[87] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNU), "Los derechos y la salud de las personas refugiadas, migrantes y apátridas deben protegerse en la respuesta al COVID-19: Comunicado de prensa conjunto de ACNUDH, OIM, ACNUR y OMS", https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25762&LangID=S.

[88] "Los migrantes tienen derecho a regresar a su país durante la pandemia del coronavirus", *Noticias ONU*, 15 de abril de 2020, https://news.un.org/es/story/2020/04/1472872.

[89] "Los migrantes tienen derecho a regresar a su país durante la pandemia del coronavirus", *Noticias ONU*, 15 de abril de 2020, https://news.un.org/es/story/2020/04/1472872.

[90] *Ibíd.*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos humanos (CteIDH) también ha desarrollado importantes criterios en este ámbito, particularmente en torno a la necesidad de estandarizar las políticas migratorias que los países adopten bajo un enfoque de derechos humanos y, al igual que el sistema universal y europeo, en observancia con los principios de igualdad y no discriminación[91]. Si bien los Estados tienen la facultad de establecer un trato diferenciado entre los migrantes, dicho tratamiento debe responder a criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad[92], evitando de ese modo la lesión de sus derechos.

Similarmente, la Resolución N° 1/2020 sobre "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recomienda a los países miembros de la OEA a "garantizar el *derecho de regreso y la migración de retorno* a los Estados y territorios de origen o nacionalidad, a través de acciones de cooperación, intercambio de información y apoyo logístico entre los Estados correspondientes, con atención a los protocolos sanitarios requeridos y considerando de manera particular el derecho de las personas apátridas de retornar a los países de residencia habitual, garantizando el principio de respeto a la unidad familiar"[93].

Aunado a lo anterior, es importante subrayar, por su trascendencia constitucional en la región, el Dictamen emitido por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) respecto a la "Declaratoria de Excepción" emitida por el presidente de ese país, Lenin Moreno, con particular énfasis en lo que hace al ingreso de las personas a su territorio de origen. Así, este tribunal ha señalado, *inter alia*, que:

> "La supresión de vuelos y el cierre de fronteras no son medidas absolutas; por lo cual *el Estado permitirá*, en las circunstancias excepcionales de este periodos de emergencia sanitaria, *el ingreso adecuado de las personas nacionales y extranjeros* con residencia en el país, que se encuentran en tránsito al país o en zonas fronterizas; debiendo imponerse los debidos controles sanitarios y la sujeción a las directrices emitidas por las autoridades de salud"[94].

---

[91] CteIDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 402.

[92] CteIDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 402; Caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97. Opinión Consultiva OC-18/03, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", Resolución de 17 de septiembre de 2003, párr. 168.

[93] CIDH, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", Resolución N° 1/2020, 10 de abril de 2020, párr. 60, https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf. Énfasis añadido.

[94] Corte Constitucional del Ecuador (CCE), Dictamen Constitucional N° 1-20-EE/20, 19 de marzo de 2020, http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0753708f-17ba-4a7b-a818-d93769a77b3a/Dictamen_1-20-EE-20_(0001-20-EE).pdf. Énfasis añadido.

Es así que, en virtud a los lineamientos internacionales descritos precedentemente, los Estados deben aplicar medidas *no discriminatorias* que aseguren el acceso de las personas migrantes (indistintamente de estatus jurídico) a todas las garantías fundamentales reconocidas por las cartas internacionales en condiciones de igualdad, evitando además –y esencialmente– la propalación de una retórica xenofóbica inconducente.

Finalmente, es necesario modificar la "arquitectura legal"[95] de algunos instrumentos internacionales en materia sanitaria para la *protección efectiva* de los migrantes en situaciones de pandemia global, cuya consecución permitirá una colaboración más estrecha entre el Derecho sanitario internacional, las obligaciones de protección de los migrantes, y las disposiciones internacionales sobre derechos humanos; una iniciativa que puede cobrar especial relevancia en la actual coyuntura epidémica donde, por ejemplo, diversos marcos jurídicos para los refugiados son "eliminados temporalmente"[96].

---

[95] Pillai, Priya, "COVID-19 Symposium: COVID-19 and Migrants–Gaps in the International Legal Architecture?", *OpinioJuris*, April 4, 2020, http://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-covid-19-and-migrants-gaps-in-the-international-legal-architecture/.

Silkoset, Andrea, "'We are all fragile, but we are not all equally fragile': Humanitarian operations amidst the COVID-19 pandemic", Peace Research Institute Oslo, April 8, 2020, https://blogs.prio.org/2020/04/we-are-all-fragile-but-we-are-not-all-equally-fragile-humanitarian-operation

Entrevista IUS INTER GENTES – Segunda Parte

Mijhaíl Pável Pardo Lafuente

Respuestas

5 Estados como Brasil y Estados Unidos, aun no disponen medidas radicales y, hoy en día, necesarias para frenar el contagio de la población con el Covid-19 ¿Es ello una violación al deber de prevenir toda vulneración de derechos humanos?

R.- La situación de Brasil y Estados Unidos revela una "paradoja inusual" en el manejo de la crisis pandémica mundial con severas implicaciones políticas y jurídicas en el campo del Derecho internacional general, específicamente en lo que respecta al *deber de prevenir* cualquier *amenaza* dentro del territorio de un Estado; un aspecto que, como veremos más adelante, guarda estrecha relación con la *obligación de debida diligencia* (norma de conducta) que se espera de un país para optimizar todos los esfuerzos necesarios en resguardo del derecho a la salud y la vida de sus habitantes.

Así, durante la primera etapa del brote de la Covid-19, los presidentes Donald Trump y Jair Bolsonaro convocaron protestas multitudinarias en contra de las recomendaciones sanitarias emitidas por la OMS y otros organismos internacionales bajo la primacía del "progreso económico"[1]; una actuación que ha generado, dicho sea de paso, más de una fricción con algunos gobiernos federales en ambos países[2]. Pese a la convergencia de estos elementos, ambos escenarios poseen –como es natural– características disímiles relativas al tipo de políticas públicas adoptadas en materia de salud pública (y su posible impacto en algunos derechos humanos), por lo que es importante desarrollar un análisis "a doble escala" independientemente de los paralelismos advertidos.

A. El caso de Brasil

De acuerdo con las cifras brindadas por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), Brasil es el país latinoamericano más afectado por la pandemia (y el cuarto a nivel mundial en términos de personas infectadas)[3], habiendo registrado hasta la fecha un total de 241.080 contagios y 16.122

---

[6] Fuccille, Alexandre, "Brasil, Jair Bolsonaro y el COVID-19", Real Instituto Elcano, 17 de abril de 2020, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=%2Felcano%2Felcano_es%2Fzonas_es%2Fari50-2020-fucille-brasil-jair-bolsonaro-y-el-covid-19&fbclid=IwAR1Xdhj9Hue_y3tSpJ204r2oXPhq-nQEiPxJ6O0AOFqpdWQX-9aC7d_7cq8.

[7] Shear, Michael D. and Mervosh, Sarah, "Trump Encourages Protest Against Governors Who Have Imposed Virus Restrictions", *The New York Times*, April 17, 2020, https://www.nytimes.com/2020/04/17/us/politics/trump-coronavirus-governors.html.

[8] Datos obtenido del "Mapa de Registro para el Covid-19" elaborado por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), revisados el 18 de mayo de 2020, https://coronavirus.jhu.edu/map.html.

personas fallecidas[4]. No obstante de estos alarmantes datos, el presidente Bolsonaro se ha enfrascado en una sistemática campaña de desinformación en todo el país respecto a la gravedad del nuevo coronavirus, al que ha calificado en varios *meetings* públicos – contraproducentes en términos sanitarios– como una "simple gripe"[5]. Esta situación ha derivado no sólo en la progresiva erosión de su capital político[6], sino también en la constitución de una "alianza sin precedentes"[7] de 24 de los 27 gobiernos estaduales del país, quienes optaron por seguir el protocolo sanitario de la OMS[8] en contraposición a la retórica del "Palácio do Planalto", cuyo escepticismo se ha traducido –hasta el momento– en la ostentación de una postura impasible frente al aumento de los decesos por Covid-19[9].

Adicionalmente, el *impasse* político dentro del ejecutivo brasilero producto de la "coronacrisis" ha desembocado en la destitución del ahora ex Ministro de Salud, Luiz Henrique Mandetta (quien había trabajado junto a varios gobernadores brasileros en las medidas recomendadas por la OMS a través de la movilización de recursos públicos[10]), y en la dimisión de una de las "piezas clave" del gobierno de Bolsonaro, el ahora ex Ministro de Justicia, Sergio Moro[11]. De hecho, durante la fase inicial de propagación de la pandemia (que tuvo como epicentro al Estado de Sao Paulo[12]), el presidente Bolsonaro difundió un video "editado" –a través de su cuenta de Twitter– asegurando que el Director General de la OMS, Tedros Adhanom, "estaba a su lado en defensa del

---

[9] *Ibíd.*

[10] Escobar, Pepe, "Brazil on the brink of a Covid-19 disaster", *Asiatimes*, 15 de abril de 2020, https://asiatimes.com/2020/04/brazil-on-the-brink-of-a-health-disaster/.

[11] Kalil, Mariana y Rodrigues, Thiago, "Las relaciones peligrosas de Jair Bolsonaro", *Nueva Sociedad*, abril de 2020, https://www.nuso.org/articulo/bolsonaro-entre-el-coronavirus-y-el-crimen-organizado/?fbclid=IwAR3HL5IPKUVpDxUNeecFOI9P1oUCENi-uKUhqhpbIr4sn7MO-XuaeU_enB8.

[12] Sandy, Matt and Milhorance, Flávia, "Brazil's President Still Insists the Coronavirus Is Overblown. These Governors Are Fighting Back", *Time*, April 6, 2020, https://time.com/5816243/brazil-jair-bolsonaro-coronavirus-governors/?fbclid=IwAR0GWQ2eLDsT-U3IV-CfyGmbgxMlmJ6QtLMOx99a18PUr2ynan-vYzJfWHs.

[13] Sandy, Matt and Milhorance, Flávia, "Brazil's President Still Insists the Coronavirus Is Overblown. These Governors Are Fighting Back", *Time*, April 6, 2020, https://time.com/5816243/brazil-jair-bolsonaro-coronavirus-governors/?fbclid=IwAR0GWQ2eLDsT-U3IV-CfyGmbgxMlmJ6QtLMOx99a18PUr2ynan-vYzJfWH.

[14] Phillips, Tom, "'So what?': Bolsonaro shrugs off Brazil's rising coronavirus death toll", *The Guardian*, April 29, 2020, https://www.theguardian.com/world/2020/apr/29/so-what-bolsonaro-shrugs-off-brazil-rising-coronavirus-death-toll?fbclid=IwAR0GWQ2eLDsT-U3IV-CfyGmbgxMlmJ6QtLMOx99a18PUr2ynan-vYzJfWHs.

[15] "Brasil, OMS y coronavirus", *Mercosur/abc*, 4 de abril de 2020, https://www.mercosurabc.com.ar/brasil-oms-y-coronavirus?fbclid=IwAR1AEnoShJ3ydZEufZOL2WmdVUZlI7Q1iRbVk31B-rosupreKfFJFsWpTOE.

[16] Galarraga Gortázar, Naira, "Bolsonaro vs. Moro, el amargo divorcio político que conmociona Brasil", *El País*, 25 de abril de 2020, https://elpais.com/internacional/2020-04-25/bolsonaro-vs-moro-el-amargo-divorcio-politico-que-conmociona-brasil.html?fbclid=IwAR2ak5kL6kk1lPhEqfuprVaz812i0KbooJSFQNTWM1L99hMzr3rppn4IAAk.

[17] Sandy, Matt and Milhorance, Flávia, "Brazil's President Still Insists the Coronavirus Is Overblown. These Governors Are Fighting Back", *Time*, April 6, 2020, https://time.com/5816243/brazil-jair-bolsonaro-coronavirus-governors/.

fin del conflicto por el aislamiento social”, por lo que aconsejaba “volver al trabajo para garantizar los ingresos de las personas”[13].

Este “intento de manipulación”[14] mediática –oportunamente aclarado por la OMS–, ha sido contenido por el aparato judicial local, cuya labor ha limitado, una vez más, la utilización indiscriminada de las facultades presidenciales de Bolsonaro “para desafiar las obligaciones constitucionales y legislativas”[15] a las que teóricamente está sometido. Así por ejemplo, el Juez Federal de Duque de Caxias (Estado de Río de Janeiro), Márcio Santoro Rocha, dispuso *suspender* –atendiendo una solicitud presentada por el Ministerio Público Federal del Brasil (MPF)–, la aplicación del Decreto presidencial N° 10.292/2020 que calificaba a determinados recintos públicos como “servicios esenciales”[16] (*v.gr.* iglesias, casas de loterías, etc.). En términos del Juez Santoro:

“…considerar como *essenciais* atividades religiosas, lotéricas, ou qualquer outra que não possua qualquer lastro de coerência com o que existe no Diploma que dispos sobre tais atividades *é ferir de morte a coerência que se espera do sistema jurídico*, abrindo as portas da República à exceção casuística e arbitrária, incompatível com a ideia de democracia e Estado submetido ao imperio do Direito. É também, pois, nítido que, conforme afirma o MPF, o decreto coloca *em risco a eficácia das medidas de isolamento* e achatamento de curva de casos da COVID-19 (…).

[É], outrossim, livre de qualquer dúvida a necessidade de observancia do isolamento social recomendado pela OMS, a quem o Brasil está atrelado por meio de diversos tratados internacionais e como membro da ONU, e o *pleno compromiso com o direito à informação e o deber de justificativa dos atos normativos e medidas de saúde*, eis que se trata de ato que homenageia o mais basilar princípio constitucional, que é o da *dignidade da pessoa* (art. 1º, III, da CF), bem como o *direito à vida* (art. 5º a CF), à *saúde* (art. 6º a CF), *acesso à informação* (art. 5º, XIV, da CF) e o princípio da *publicidade*, basilar da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF) ”[17].

Consecuentemente, el tribunal de Duque de Caxias resolvió que el gobierno federal “se abstenga de adoptar cualquier estímulo a la *no aplicación del aislamiento social* recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), bajo pena de multa de

---

NN. “Brasil, OMS y coronavirus”, *Mercosur/abc*, 4 de abril de 2020, https://www.mercosurabc.com.ar/brasil-oms-y-coronavirus?fbclid=IwAR2z_CTtZIg5LVHZHyBOG0Z_xzxWpu0nt4KUEmLBvtkv32TnWP5wIr7uDcg.

OO. *Ibíd.*

PP. Neder Meyer, Emilio Peluso and Bustamante, Thomas, “Authoritarianism Without Emergency Powers: Brazil Under COVID-19”, *Verfassungsblog*, April 8, 2020, https://verfassungsblog.de/authoritarianism-without-emergency-powers-brazil-under-covid-19/?fbclid=IwAR3PMLlWxjJKvoRpg5HsatH0rf17AKgnu74aitVo7EmM2z6INT11NBvZXHU. Traducción propia.

QQ. Mota, Erick, “Justiça proíbe Bolsonaro de adotar medidas contra isolamento social e derruba decretos”, *congressoemfoco*, 27 mar, 2020, https://congressoemfoco.uol.com.br/justica/justica-proibe-bolsonaro-de-adotar-medidas-contra-isolamento-social-e-derruba-decretos/?fbclid=IwAR0HQprRtJqAZ8O_Z0v8kxKp9_6P61LjZ35odMxbUxhYBKXyanCQfK7x3fA.

RR. Poder Judiciário, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro 1ª Vara Federal de Duque de Caxias, 14 de março de 2020, pp. 5 y 6, https://www.conjur.com.br/dl/decisao-juiz-loterica-igreja2.pdf. Énfasis añadido.

R$ 100,000.00"[18]. Una decisión similar fue asumida por la Jueza de guardia del mismo Estado, Laura Bastos Carvalho, quien poco tiempo después de emitido el veredicto precedente, prohibió al gobierno de Bolsonaro ejecutar la campaña "Brasil no puede parar", o cualquier otra que "sugiera a la población brasileña comportamientos que no estén estrictamente amparados en lineamientos técnicos, emitidos por el Ministerio de Salud, con fundamento en entidades científicas de reconocido conocimiento en el campo de la *epidemiología* y la salud pública"[19].

Esta determinación, adoptada en respuesta a una acción civil presentada por el Ministerio Público Federal de Río de Janeiro, señalaba además que:

> "El incentivo para que la población salga a la calle y reanude su rutina, sin tener un plan definido y ampliamente difundido para combatir la pandemia, puede violar los principios de *precaución y prevención*, y también puede dar lugar a una protección deficiente del derecho constitucional a salud, tanto en su carácter individual como colectivo", afectando "desproporcionadamente a los grupos vulnerables, especialmente a los ancianos y los pobres (…)". Por lo tanto "[l]a repercusión que tal campaña alcanzaría si la Unión la promoviera ampliamente, sin la debida información sobre los riesgos y las posibles consecuencias para la salud individual y colectiva, podría causar *daños irreparables* a la población."[20].

Por su parte, el Supremo Tribunal Federal del Brasil (STF) –órgano de última instancia para la resolución de materias constitucionales–, adoptó dos resoluciones liminares frente a los "excesos facultativos" del ejecutivo brasilero. En primer lugar, el Ministro (juez) Marco Aurélio Mello estableció que "los gobernadores y alcaldes pueden tomar sus propias decisiones sobre las medidas de aislamiento social sin importar la postura del gobierno federal"[21], un razonamiento que encuentra asidero en las competencias estaduales reconocidas por la propia Constitución brasilera. En segundo lugar, el Ministro (juez) Alexandre de Moraes determinó suspender la "Medida Provisória"[22] expedida por el presidente Bolsonaro que pretendía restringir el acceso a la información pública al "transformar las excepciones (confidencialidad de la información) en regla, eliminando por completo el impacto de los principios de publicidad y transparencia" sobre la administración pública[23]. Según de Moraes, "la participación política de los ciudadanos en una democracia representativa sólo se fortalece en un entorno de

---

[i)] *Ibídem*, p. 7. Traducción propia. Énfasis añadido.

[j)] "Justiça federal proíbe governo de veicular campanha contra isolamento social", *BBC News*, 28 março 2020, https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52077132. Traducción propia. Énfasis añadido.

[k)] *Ibíd.* Traducción propia. Énfasis añadido.

[l)] Martins, Rodrigo, "Judiciário se move para frear a inconsequência de Bolsonaro", *CartaCapital,* 17 de março de 2020, https://www.cartacapital.com.br/Politica/judiciario-se-move-para-frear-a-inconsequencia-de-bolsonaro/. Traducción propia. Énfasis añadido.

[m)] "Bolsonaro edita MP que suspende prazos de respostas via Lei de Acesso à Informação", *G1 e TV Globo,* 18 março 2020, https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/24/bolsonaro-edita-mp-que-suspende-prazos-de-respostas-a-lei-de-acesso-a-informacao.ghtml.

[12] Oliveira, Mariana, "Alexandre de Moraes suspende trecho de MP que alterou regras da Lei de Acesso à Informação", *G1 e TV Globo,* 26 março 2020, https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/26/alexandre-de-moraes-suspende-mp-que-alterou-atendimento-a-lei-de-acesso-a-informacao.ghtml. Traducción propia.

visibilidad total y la posibilidad de una exposición crítica de las diferentes opiniones sobre las políticas públicas adoptadas por los funcionarios del gobierno"[24].

Como veremos a continuación, estas determinaciones judiciales encuentran consonancia con algunas disposiciones internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, la Observación General N° 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC), establece en su acápite II (OBLIGACIONES) que "los Estados deben abstenerse de… *censurar, ocultar o desvirtuar* intencionalmente la *información* relacionada con la salud"[25]; y que, como mínimo, están obligados a:

"f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las *pruebas epidemiológicas*, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un *proceso participativo y transparente*; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados"[26].

Aunado a ello, esta resolución refiere que entre las "obligaciones de prioridad" de los Estados se encuentra, *inter alia*: *i)* "Adoptar medidas para *prevenir*, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas"; e *ii)* "Impartir educación y proporcionar *acceso a la información* relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los *métodos para prevenir* y combatir esas enfermedades"[27]. Como apunta la Resolución N° 01/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el deber de *prevenir* está ligado al derecho a la información, por lo que los Estados deben: "[a]segurar el diseño de un plan de actuación que guíe los procedimientos a seguir para la *prevención*, detección, tratamiento, control y seguimiento de la pandemia con base en la mejor *evidencia científica* y el derecho

[22] *Ibíd.* Énfasis añadido.

[23] Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", 22º período de sesiones, Ginebra, mayo del año 2000, párr. 34, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1

16 Énfasis añadido.

(…) *Ibídem,* párr. 43.

(…) Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", 22º período de sesiones, Ginebra, mayo del año 2000, párr. 34, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1

20 Énfasis añadido.

humano a la salud. Estos procedimientos deben ser *transparentes, independientes, participativos, claros e inclusivos*"[28].

En esta misma lógica, la declaración conjunta de la ONU/CIDH/OSCE de 19 de marzo de 2020 ha precisado que:

"La salud humana no sólo depende del fácil acceso a la atención sanitaria. También depende del *acceso a información* precisa sobre la naturaleza de las amenazas y los medios para protegerse a sí mismo, a su familia y su comunidad"; y que "…es esencial que los gobiernos proporcionen *información veraz* sobre la naturaleza de la *amenaza que supone el coronavirus*. Los gobiernos de todo el mundo están obligados, en virtud de las normas de los derechos humanos, a proporcionar información fidedigna en formatos accesibles a todos, prestando especial atención a garantizar el acceso a la información por parte de las personas…"[29].

Si bien estas pautas de conducta comportan una dimensión *soft law*, es importante remarcar que su carácter autoritativo proviene de los propios instrumentos a los que hacen referencia ya que, por lo general, interpretan, amplían o desarrollan los derechos contenidos en éstos. Como sostienen Boyle y Chinkin:

"Por ejemplo, no existe una disposición específica sobre la violencia contra la mujer en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, una omisión obvia. En 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer adoptó la Observación General núm. 19 sobre la violencia contra la mujer. Enraizó esta Observación firmemente en la Convención al enfatizar que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide que éstas disfruten de sus derechos convencionales sobre una base de igualdad con los hombres. La Observación General muestra cómo la violencia contra las mujeres viola artículos específicos de la CEDAW. Si bien la Observación contiene disposiciones innovadoras (por ejemplo, la definición de violencia de género), *está redactada de tal forma que su autoridad legal derive de la propia Convención*. (…) Sobre esta base, ahora está claro que la violencia contra la mujer puede violar las obligaciones de los tratados de derechos humanos"[30].

Por otra parte, la crisis sanitaria en curso ha complicado, en clave global, la consecución de políticas sociales que integren y/o armonicen todas las variables subyacentes (por ejemplo, entre intereses económicos e instituciones jurídicas atingentes a la salud púbica), el discurso "contra el confinamiento"[31] desplegado por el presidente Bolsonaro, compromete seriamente las obligaciones positivas internacionales que detenta el Estado brasilero en materia de derechos sociales, principalmente en lo

---

[32] CIDH, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", Resolución N° 1/2020 adoptada el 10 de abril del 2020, https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf.

[33] CIDH, "COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia - Expertos internacionales", Comunicado de prensa R58/20, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?lID=2&artID=1170. Énfasis añadido.

[34] Boyle, Alan and Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, United States, Oxford University Press, 2007, p. 156. Traducción propia. Énfasis añadido.

[35] "Bolsonaro promueve el desconfinamiento mientras el número de casos de covid-19 se dispara", *AFP*, 5 de mayo de 2020, https://www.msn.com/es-us/noticias/otras/bolsonaro-promueve-el-desconfinamiento-mientras-el-n%C3%BAmero-de-casos-de-covid-19-se-dispara/ar-BB13xIox.

relativo a la disposición décima del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), cuyo contenido establece que para hacer *efectivo* el derecho a la salud (concebido como *bien público*) los Estados Partes deben adoptar medidas destinadas a la “educación de la población sobre la *prevención* y tratamiento de los problemas de salud”[32].

Consecuentemente, la falta de promoción de “medidas sanitarias” por parte del gobierno federal de Brasil –que implica “todo procedimiento aplicado para *prevenir* la propagación de enfermedades o contaminación”[33] (art. 1 del Reglamento Sanitario Internacional, RSI)–, supone el incumplimiento de sus obligaciones básicas dimanantes del art. 12 del PIDESyC, cuyo sustrato establece que “a fin de asegurar la plena efectividad” del derecho a la salud, los Estados deben adoptar, *inter alia*, medidas dirigidas a: “[l]a *prevención* y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”[34]. Esta disposición guarda concordancia, a su vez, con el ámbito de garantía establecido por el artículo 10 del Protocolo de San Salvador[35] por un lado, y la Declaración de Alma-Ata sobre *atención primaria* (e intersectorial) de la salud de 1978[36] por otro.

De este modo, en circunstancias de emergencia pública (*v.gr.* amenazas pandémicas), los Estados pueden *privilegiar*, como mecanismo de prevención[37], la protección de bienes colectivos (i.e. salud pública) frente al ejercicio de ciertas libertades individuales (i.e. circulación, reunión, etc.)[38], procurando equilibrar, por supuesto, los efectos

32 Articulo 10 (Derecho a la salud) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html.

33 Artículo 1 (Definiciones) del Reglamento Sanitario Internacional (RSI), https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/.

5. Artículo 12 (Derecho a la salud), inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

6. Articulo 10 (Derecho a la salud) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html.

7. Declaración de Alma-Ata, informe de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, celebrada en Alma-Ata del 6 al 12 de septiembre de 1978 y organizada por organizada por la OMS/OPS y UNICEF, https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Alma-Ata-1978Declaracion.pdf.

8. González Martín, Nuria (coord.), “Emergencia sanitaria Covid-19. Reflexiones desde el derecho (I)”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, *Opiniones Técnicas sobre temas de relevancia nacional*, Serie N° 14, 2020, p. 35.

9. De acuerdo con Gostin y Berkman: “…la cuarentena y el aislamiento son los más complejos, por no mencionar legal y éticamente controvertidos, de los poderes de salud pública. La cuarentena y el aislamiento representan la tensión entre los intereses de la sociedad por proteger y promover la salud de sus ciudadanos y los derechos individuales de privacidad, no discriminación, libertad de movimiento y libertad de detención arbitraria. La legitimidad de tales poderes coercitivos de salud pública se basa en un cuidadoso equilibrio de estos intereses en competencia con el beneficio público superior a la carga que la cuarentena puede imponer sobre los derechos individuales. Además, cada país debe cumplir con los principios Siracusa acordados internacionalmente, que sostienen que las restricciones de libertad deben ser legales, proporcionadas, necesarias, y acorde a los medios menos restrictivos que estén razonablemente disponibles”; *cfr.* Gostin,

subyacentes de estas decisiones. Estas limitaciones "no farmacéuticas" pueden traducirse, por ejemplo, en la imposición de medidas de aislamiento social y/o cuarentenas, cuya consecución (no obstante, de los "riesgos de abuso de autoridad" que puedan entrañar en determinadas circunstancias[39]) busca *prevenir* la posible propagación de una infección viral (art. 1 del RSI)[40].

La deliberada desatención de estos criterios precautorios por parte del Ejecutivo brasilero conlleva no sólo el incumplimiento del *deber de prevenir* –a través de acciones afirmativas– la propagación de enfermedades pandémicas, sino también, y en particular, la omisión un estándar general de *debida diligencia*[41] que, de acuerdo con el artículo 12.2 del PIDESyC, se traduce en la adopción de "*medidas apropiadas* para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental"[42]. En derecho internacional, la obligación de la *debida diligencia* comporta un estándar general de conducta que los Estados deben atender para el despliegue responsable de sus actividades internas. A este respecto, en el caso relativo a *las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay* (Argentina vs. Uruguay), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) precisó que:

"…el *principio de prevención*, como norma consuetudinaria, tiene su origen en la *debida diligencia* que se requiere de un Estado en su territorio. (…) Por lo tanto, un Estado está obligado a utilizar todos los *medios a su disposición* para evitar actividades que tengan lugar en su territorio o en cualquier área bajo su jurisdicción, que causen daños significativos al medio ambiente de otro Estado. Esta Corte ha establecido que dicha obligación 'ahora forma parte del *corpus del derecho internacional* relacionado con el medio ambiente'…"[43].

Por su parte, en el "Proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos por actividades peligrosas" de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) del año 2011, el principio de la *debida diligencia* es concebido como la manifestación de todos "los *esfuerzos razonables* por parte de un Estado para informarse de los componentes de hecho y de derecho que se relacionan previsiblemente con un procedimiento

---

Lawrence y Berkman, Benjamin E., "Pandemic Influenza: Ethics, Law and the Public's Health", *Administrative Law Review*, vol. 50, núm. 1, 2007, p. 172. Traducción propia.

[34] Lizárraga Villarreal, Pedro, *Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2019, p. 112.

[35] Artículo 1 (Definiciones) del Reglamento Sanitario Internacional (RSI), https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/.

[36] ILA Study Group on Due Diligence in International Law Second Report July 2016 Tim Stephens (Rapporteur) and Duncan French (Chair), p. 6, https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups?study-groupsID=63. Traducción propia.

[37] Artículo 12, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

[38] *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, para 110, https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Traducción propia. Énfasis añadido.

contemplado y para tomar, oportunamente, las *medidas apropiadas* con el fin de abordarlos"[44].

Asimismo, en el "Proyecto de artículos sobre la protección de personas en caso de desastres" (2016) –cuyas disposiciones algunos autores consideran aplicables a la crisis pandémica actual[45]–, el deber de debida diligencia conlleva la adopción de "*medidas apropiadas*, incluso a través de la legislación y las reglamentaciones, para *prevenir*, mitigar y prepararse para los desastres"[46]. Para confirmar este extremo, la CDI señala en sus "comentarios" a este instrumento que: "[e]l requisito fundamental de la debida diligencia es inherente al concepto de '*apropiado*'. Se entiende además que la cuestión de la efectividad de las medidas está implícita en esa fórmula"[47]; y en cuanto a la prevención indica que: "…expresa el concepto y la intención de *evitar* por completo los posibles efectos adversos a través de medidas tomadas anticipadamente. Muy a menudo, la evasión completa de pérdidas no es factible y la tarea se transforma en *mitigación*. Es por esta razón, en parte, que los términos de prevención y mitigación a veces se emplean indistintamente en su uso corriente"[48].

---

[44] ILC, 'Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (with Commentaries)' (2001) yearbook of International Law Commission (vol II, part 2) 148 ('ILC Prevention Articles'), commentary to commentary to article 3, para 10, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf. Traducción propia. Énfasis añadido.

[45] A este respecto, De Souza y Coco señalan lo siguiente: "Aunque intuitivamente podemos asociar el concepto de 'desastre' con catástrofes ambientales como un tsunami o una erupción volcánica, nada en el texto de los Artículos sugiere que una epidemia esté más allá de su alcance, siempre que cumpla con los requisitos de definición del Artículo 3 (a), esto es, perturbar gravemente el funcionamiento de la sociedad al provocar una pérdida generalizada de vidas, grandes sufrimientos y angustias humanas, desplazamiento masivo o daños a gran escala, independientemente de su fuente natural o artificial. La Federación Internacional de la Cruz Roja, por ejemplo, enumera las epidemias como peligros biológicos susceptibles de ser clasificados como desastres naturales, ya sea que estén relacionados con otros desastres o sean independientes de ellos. Y también lo hace la Terminología para la Reducción del Riesgo de Desastres, preparada en 2009 por la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. Los desastres se definen como tales por su impacto, no por su origen. Por lo tanto, parece que la actual crisis de salud generada por el brote de la enfermedad por coronavirus cae dentro de la definición de la ILC"; *cfr*. Coco, Antonio and de Souza Dias, Talita, "Part II: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak", *EJIL:Talk!*, March 25, 2020, https://www.ejiltalk.org/part-ii-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/. Traducción propia.

[46] ILC, 'Draft articles on the protection of persons in the event of disasters (with Commentaries)' (2016) Yearbook of the International Law Commission (vol II, Part 2) ('ILC Disaster articles'), article 9, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/6_3_2016.pdf&lang=EF. Traducción propia. Énfasis añadido.

[47] ILC, 'Draft articles on the protection of persons in the event of disasters (with Commentaries)' (2016) Yearbook of the International Law Commission (vol II, Part 2) ('ILC Disaster articles'), commentaries to article 9, para 11, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/6_3_2016.pdf&lang=EF. Traducción propia. Énfasis añadido.

[48] ILC, 'Draft articles on the protection of persons in the event of disasters (with Commentaries)' (2016) Yearbook of the International Law Commission (vol II, Part 2) ('ILC Disaster articles'), commentaries to article 9, para 16,

Como sostienen Duvic-Paoli y Viñualés: “mientras que los artículos del Proyecto de la CDI y el principio consuetudinario de la prevención requieren la debida diligencia para prevenir el daño ambiental extraterritorial, el deber positivo de la debida diligencia derivada de los *derechos humanos* requiere la *regulación de las actividades dentro del territorio* de un Estado”[49]. De hecho, es en el circuito de los DESCA (sin perjuicio de los demás ámbitos de derechos humanos), donde la debida diligencia cobra especial relevancia. Por ejemplo, el artículo 2.1 del PIDESyC establece que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a *adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de *medidas legislativas*, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”[50].

En una lógica equivalente –aunque innovadora en el plano prescriptivo– el artículo 12.2 del “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica” (2011) señala que: “los Estados Partes tomarán las *medidas legislativas* y otras *necesarias* para actuar con la *diligencia debida* para *prevenir*, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”[51].

Sobre este último aspecto, los “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos” (2011), han delimitado el concepto de la debida diligencia en el campo de los *non-state actors* de acuerdo con los siguientes parámetros: “Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las *medidas apropiadas* para *prevenir*, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”[52]; y agrega además que:

“Con el fin de identificar, *prevenir*, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la *debida diligencia* en *materia de derechos humanos*. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al

---

https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/6_3_2016.pdf&lang=EF. Traducción propia. Énfasis añadido.

[f.] Viñualés E., Jorge (edit.), *The Rio Declaration on Environment and Development*. *A commentary*, United Kingdom, Oxford University Press, 2015, p. 130. Traducción propia. Énfasis añadido.

[g.] Artículo 2, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

[h.] Artículo 12, numeral 2, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, (“Convenio de Estambul”), 2011, https://rm.coe.int/1680462543.

[i.] Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, Principio N° 1, Nueva York y Ginebra, 2011, p. 3, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas”[53].

En el plano jurisprudencial, el estándar de debida diligencia también ha tenido un desarrollo importante respecto a la protección de los derechos humanos en general, y del derecho a la vida en particular. Así, en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, la CteIDH señaló que:

"…la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la *obligación positiva* del Estado de adoptar *las medidas necesarias* para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”[54].

Y en el caso *Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*:

"…el Estado no sólo tiene el *deber de prevenir* cualquier circunstancia que pueda vulnerar los derechos de las personas que están sujetas a él, sino que ante una efectiva afectación… debe proveer una explicación inmediata, satisfactoria y convincente de lo sucedido y, en consecuencia, garantizar el desarrollo de una investigación con la *debida diligencia* que permita esclarecer la verdad de lo acontecido[55].

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido a este respecto que:

"La Corte reitera que el artículo 2 [Derecho a la vida] no se refiere únicamente a las muertes resultantes del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado, sino que, en la primera oración de su primer párrafo, establece una *obligación positiva* para que los Estados tomen las *medidas apropiadas* para *salvaguardar la vida de aquellos dentro de su jurisdicción* (…). Esta obligación positiva conlleva sobre todo un deber primario para el Estado de establecer un *marco legislativo y administrativo* diseñado para proporcionar una disuasión efectiva contra las *amenazas al derecho a la vida*”[56].

Y en el Caso *Lazar Vs. Rumania*:

"… [entre] las disposiciones fundamentales de la Convención [se exige a los Estados] la obligación

d. de [adoptar] las *medidas necesarias para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción* […]. Estos principios también se aplican en el ámbito de la *salud pública*, en donde las obligaciones

---

[36] *Ibídem*, Principio N° 17, p. 20.

[37] CteIDH, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 85, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Énfasis agregado.

[38] CteIDH, *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de agosto de 2017, párr. 127, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_338_esp.pdf. Énfasis añadido.

[39] ECHR, *Case of Budayeva and others v. Russia*, Applications nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, Judgment, 29 September 2008, https://www.eufje.org/images/docConf/buc2016/CASE%20OF%20BUDAYEVA%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA.pdf. Traducción propia. Énfasis añadido.

positivas […] implican el establecimiento, por parte del Estado, de un marco de entidades reguladas, sean públicas o privadas, adoptando las *medidas requeridas* para proteger la vida de sus pacientes"[57].

Esta "interconectividad esencial" entre el derecho a la vida y a la salud, ha sido plasmada por la Observación General N° 36 sobre el artículo 6 (derecho a la vida) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al remarcar lo siguiente: "[l]a obligación de *proteger la vida* también implica que los Estados deberían adoptar *medidas adecuadas* para abordar las condiciones generales en la sociedad que puedan suponer *amenazas directas* a la vida o impedir a las personas disfrutar *con dignidad* de su derecho a la vida. Esas condiciones generales pueden incluir… la *prevalencia de enfermedades* que ponen en riesgo la vida (…)"[58]. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (*Toussaint vs. Canadá*) ha señalado que: "la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el derecho a la vida *abarca toda amenaza y situación de amenaza* que pueda tener por resultado la pérdida de la vida. Los Estados partes pueden estar infringiendo el artículo 6 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] incluso cuando esas amenazas y situaciones *no se hayan traducido en la pérdida de vidas* (…)"[59].

Aunque el estándar de conducta que comporta la debida diligencia supone una *obligación de medios* y no de resultado, este carácter puede resultar problemático para las obligaciones de "realización progresiva" que, en su mayoría, se encuentran plasmadas en el PIDESyC[60]. Este criterio implica que los Estados "no necesitan garantizar de inmediato los derechos en cuestión a todas las personas, sino que deben tomarse *medidas* para ese fin"[61]. Sin embargo –como sostienen French y Stephens–:

"…incluso en estos casos, algunas de las medidas institucionales requeridas por los Estados a la luz de la obligación de proteger también se aplican *vis á vis* a las obligaciones de cumplimiento, que suponen, a su vez, obligaciones inmediatas de resultado. Por lo tanto, también es posible ver a las obligaciones de realización progresiva en términos de *obligaciones inmediatas de resultado* (institucional) y obligaciones de *debida diligencia* (esfuerzo continuo)"[62].

(…) *Cfr. Caso Lazar Vs. Rumania*, No. 32146/05. Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2010, párr. 66, citado en *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, Nº 21: Derecho a la vida, p. 67, https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf. Énfasis agregado.

(…) HRC, General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf. Traducción propia. Énfasis añadido.

(…) Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Toussaint vs. Canadá*), 30 de agosto de 2018, https://www.escr-net.org/sites/default/files/caselaw/toussaint_dictamen-esp.pdf. Énfasis añadido.

(…) ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report, Tim Stephens (Rapporteur) and Duncan French (Chair), July 2016, p. 17, https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups?study-groupsID=63. Traducción propia.

(…) *Ibídem*, p. 16.

(…) *Ibíd.* Énfasis añadido.

En síntesis, el Estado no sólo tiene el deber de *prevenir* cualquier circunstancia que pueda afectar los derechos de las personas dentro de su territorio a través de la adopción de *medidas efectivas* (debida diligencia), sino también llevar a cabo una investigación "seria, imparcial y efectiva"[63] (dimensión operativa o institucional) cuando se han perpetrado dichas violaciones. Consecuentemente, podemos afirmar que la obligación de actuar *diligentemente* –como principio evolutivo y dinámico del Derecho internacional[64]– permea toda actividad estatal que, en materia de salud y bienestar públicos, tiene como finalidad *prevenir* riesgos potenciales sobre *la vida de las personas*. Como apuntan Coco y de Souza Dias: "…el deber positivo de proteger la vida humana implica una *planificación anticipada* y respuestas inmediatas para *prevenir*, detener o al menos *mitigar* la propagación de enfermedades potencialmente mortales como la COVID-19"[65], y que: "independientemente de si el brote se originó en su territorio, [los Estados] tienen la obligación de ejercer sus mejores esfuerzos, en la medida en que lo permitan sus capacidades, para detener la propagación del coronavirus a otros países y *prevenir* nuevos brotes"[66]. Dada la amplia cantidad de naciones con las que Brasil comparte frontera (10 en total) y el crecimiento exponencial de la pandemia en su territorio[67], la omisión de este último razonamiento podría resultar crítico para la región.

Por lo tanto, es posible concluir en virtud a todo lo expuesto que las acciones desplegadas por el ejecutivo brasilero –empero de algunas consideraciones de derecho doméstico– han socavado diversas *obligaciones positivas* en materia de derechos humanos, en particular, el deber de adoptar todas las "medidas necesarias" a fin de *prevenir* una afectación (evitable) a la salud pública a través de la gestión efectiva y coordinada (tanto a nivel federativo como estadual) de todos los recursos institucionales a su alcance. Este escenario compromete, en rigor, el cumplimento de un estándar de conducta necesario para la protección de la vida de la población brasilera frente a la propagación de una enfermedad potencialmente mortal (SARS-CoV-2) dentro de su territorio (art. 1.1 de la CADH), y podría derivar no sólo en el eventual colapso del sistema sanitario local (debido, en parte, al discurso anti-aislacionista promovido por el presidente Bolsonaro), sino también, y más importante aún, en la responsabilidad

---

[63] CteIDH, *Caso hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de agosto de 2014, párr. 216, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf.

[d)] ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report, Tim Stephens (Rapporteur) and Duncan French (Chair), July 2016, p. 47, https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups?study-groupsID=63. Traducción propia.

[e)] Coco, Antonio and de Souza Dias, Talita, *EJIL:Talk!*, "Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak", March 24, 2020, https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/.

[f)] *Ibíd.*

[g)] Carmo, Marcia, "Coronavirus: el temor que genera la situación de la pandemia en Brasil en sus países vecinos", *BBC News*, 14 de mayo de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52651900.

internacional del Estado por "la falta de la debida diligencia para prevenir la violación de un derecho"[68], esto es, el "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física" (art. 12.1 del PIDESyC).

B. El caso de Estados Unidos

Si bien muchos de los elementos desarrollados en el acápite anterior pueden ser jurídicamente aplicables –en clave analítica– al escenario estadounidense frente al SARS-CoV-2, este espacio se concentrará, particularmente, en el canon constitucional e internacional respecto de la "limitación" de derechos individuales en los Estados Unidos y su repercusión en el dispositivo democrático de este país. Un segundo elemento, relativo al "abuso de poder" que implica el cese del financiamiento a la OMS por parte de la administración del presidente Donald Trump, será abordado en la "Tercera Parte" de la investigación en curso.

Así, de acuerdo con los datos elaborados por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), Estados Unidos es el país que mayor número de contagios registra en el mundo hasta el momento (1.486.757 casos confirmados)[69], aunado a una cifra de mortalidad –igualmente superlativa– que alcanza las 89.562 personas. Pese a este acuciante escenario, la "política sanitaria" del gobierno de Trump ante el brote de la Covid-19 ha seguido una lógica similar (aunque con algunas fluctuaciones discursivas[70]) al de su par brasilero, galvanizando – paradójicamente– protestas "antigubernamentales"[71] en contra de las medidas de restricción social establecidas por los gobiernos federales frente a la propagación del virus[72]; un escenario que ha derivado en la interposición de una serie de acciones

---

[38] CteIDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, (Fondo), Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

[39] Datos obtenido del "Mapa de Registro para el Covid-19" elaborado por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), revisados el 18 de mayo de 2020, https://coronavirus.jhu.edu/map.html.

[40] Kelly, Meg, Cahlan Sarah and Samuels, Elyse, "What went wrong with coronavirus testing in the U.S.", *The Washington Post*, March 30, 2020,https://www.washingtonpost.com/politics/2020/03/30/11-100000-what-went-wrong-with-coronavirus-testing-us/; Guimón, Pablo, "Los médicos, tras las palabras de Trump: 'Por favor, no coman pastillas de detergente ni se inyecten ningún tipo de desinfectante'", *El País*, 24 de abril de 2020, https://elpais.com/internacional/2020-04-24/por-favor-no-coman-pastillas-de-detergente-ni-se-inyecten-ningun-tipo-de-desinfectante.html?fbclid=IwAR2glApzllQwakhFVLaHCbz_HBbzq5cgGZ8ikfm9dF4jjv0faWhg60ijkoc.

[41] Díaz, Sato, "Entrevista: Pablo Bustinduy: 'Europa se aproxima a un momento constituyente'", *Cuartopode*r, 22 de abril de 2020, https://www.cuartopoder.es/internacional/2020/04/22/pablo-bustinduy-entrevista-sato-diaz-coronavirus-europa-constituyente/.

[42] Shear, Michael D. and Mervosh, Sarah, "Trump Encourages Protest Against Governors Who Have Imposed Virus Restrictions", *The New York Times*, April 17, 2020, https://www.nytimes.com/2020/04/17/us/politics/trump-coronavirus-governors.html.

judiciales civiles[73] por considerarlas "violatorias de sus derechos constitucionales"[74] e, incluso, "extralimitaciones dictatoriales"[75].

A este respecto, el 23 de abril de 2020, un grupo de residentes del Estado de Michigan presentaron una demanda contra la gobernadora de esta ciudad, Gretchen Whitmer's, alegando que las órdenes ejecutivas (*Executive Orders*) emitidas por dicha autoridad en respuesta "al crecimiento exponencial de casos de Covid-19"[76] (que incluían la imposición de una "cuarentena obligatoria" y "restricciones de viaje") lesionaban sus derechos constitucionales, por lo que exigían se declarase inválida[77]. Analizada la causa, el Juez Christopher Murray resolvió denegar la "orden judicial preliminar" peticionada por los demandantes al señalar, *inter alia*:

"…los derechos constitucionales individuales *no son absolutos* y están sujetos a un *equilibrio* con los intereses estatales compensatorios. (…) Aunque nuestros derechos constitucionales individuales no pueden suspenderse ni eliminarse, están... sujetos a una regulación razonable por parte del estado. Y, cuando se trata del poder del estado para actuar en el mejor interés de la salud pública cuando se enfrenta a una enfermedad contagiosa grave, que es el interés estatal sobre el que actúa el gobernador, existe… una tendencia muy marcada… en una dirección, la que defiende el derecho del Estado… de promulgar tales leyes, tales reglas y regulaciones, que evitarán la propagación de esta terrible enfermedad.

[E]s cierto que esta medida es severa y restringe enormemente cada una de nuestras libertades para movernos como mejor nos parezca, como lo hacemos en tiempos normales. Pero la Gobernadora determinó que eran necesarias medidas severas y que debían implementarse rápidamente para evitar la propagación incontrolada del virus… el historial es claro de que estas medidas son *temporales* y *limitadas* en el tiempo para abordar la velocidad con la que se propaga el virus, el estado del sistema de atención médica disponible y la necesidad de que los residentes de Michigan vuelvan a disfrutar de sus libertades.

[A]unque la Corte es dolorosamente consciente de las dificultades de vivir bajo las restricciones de estas órdenes ejecutivas, estas dificultades son temporales, mientras que para quienes contraen el virus y no pueden recuperarse (y para sus familiares y amigos), todo es permanente. Eso no quiere decir que cada nuevo virus requerirá de una acción equivalente, pero dada la autoridad de la

---

[e)] MacFarquhar, Neil, "Lawsuits Swell as Owners, From Gun Shops to Golf Courses, Demand to Open", *The New York Times*, April 3, 2020, https://www.nytimes.com/2020/04/03/us/corona-virus-lawsuits.html.

[f)] Zoellner, Danielle, "Michigan politicians wear bulletproof vests as armed protesters storm Capitol to protest stay-at-home orders", *Independet*, https://www.independent.co.uk/news/world/americas/michigan-capitol-protests-lockdown-stay-at-home-vote-armed-bulletproof-vest-a9493306.html?fbclid=IwAR0y-ki61BBC21wpBrdjYoLH91_ETPiwlZcGZdXMqrB8vGc3BZ8tZrHou6c&jwsource=fb.

[g)] "Coronavirus en EE.UU.: el polémico apoyo de Trump a los grupos que se rebelan contra la cuarentena en el país más golpeado por la pandemia", *BBC News*, 18 de abril de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52334860?fbclid=IwAR1iBVDCnYF6VUtMpKwFcPIuinh3ufd9lvwLoNQznp6C_OAvsb2evzTvbbI.

[h)] Opinion and Order regarding Plaintiffs' April 23, 2020 motion for a Preliminary injunction, Court of Claims, State of Michigan, Case No. 20-00062-MM, Hon. Christopher M. Murray, https://www.michigan.gov/documents/ag/20200429_Opinion_and_Order_688921_7.pdf.

[i)] DesOrmeau, Taylor, "Judge rules Michigan stay-at-home order doesn't infringe on constitutional rights", *mliveMichigan*, April 29, 2020, https://www.mlive.com/public-interest/2020/04/judge-rules-michigan-stay-at-home-order-doesnt-infringe-on-constitutional-rights.html.

Gobernadora para hacerlo ante estas circunstancias, la Corte debe concluir que la emisión de medidas cautelares [solicitadas por los demandantes] *no serviría al interés público*, a pesar del *temporal daño* al derecho constitucional de los demandantes"[78].

Así, de acuerdo con la resolución del Juez Murray, los derechos constitucionales individuales "no son absolutos" y pueden ser objeto de una "regulación razonable" por parte del Estado a través de medidas "necesarias" y "limitadas en el tiempo" que, en el caso particular, buscan *prevenir* la "propagación de enfermedades contagiosas" en aras del interés general de los residentes de Michigan. Un razonamiento equiparable fue adoptado, en 2016, por el Juez Kevin McNulty (*Hickox v. Christie*) al señalar:

"[H]ace más de un siglo, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó tales ejercicios de los poderes policiales generales de los estados para proteger la salud pública a través de cuarentenas y otras medidas. (…) Por supuesto, incluso en el caso de una enfermedad temible, es posible reaccionar exageradamente; como sucedió con el cólera y la fiebre amarilla, así es con el Ebola hoy. Una restricción puede ser tan *arbitraria* o demasiado *amplia* como para ser inadmisible (…). Hickox regresaba del tratamiento de pacientes en un país devastado por la epidemia del Ebola, afortunadamente ahora bajo control. La enfermedad es muy grave y no existe una vacuna o medicamento para prevenirla o curarla. (…) El Estado podría haber pensado *razonablemente* que la *prevención* y la *contención* eran, por lo tanto, primordiales (…)

En resumen, dados los importantes intereses públicos en juego, la jurisprudencia sobre cuarentenas otorga a las autoridades [públicas] un amplio margen para detener a personas que pueden resultar no estar enfermas en absoluto"[79].

Estas consideraciones –que dependen, en gran medida, de cómo los jueces "interpretan" ideológicamente la Constitución y las leyes[80]–, guardan relación con algunos estándares internacionales en materia de derechos humanos, en particular, con el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) –del que Estados Unidos es parte– que en su numeral 1 sostiene que:

"En situaciones *excepcionales* que pongan en *peligro la vida* de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente *limitada a las exigencias de la situación*, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

---

[78] Opinion and Order regarding Plaintiffs' April 23, 2020 motion for a Preliminary injunction, Court of Claims, State of Michigan, Case No. 20-00062-MM, Hon. Christopher M. Murray, pp. 7, 12, and 17, https://www.michigan.gov/documents/ag/20200429_Opinion_and_Order_688921_7.pdf. Traducción propia, Énfasis añadido.

[79] United States District Court, D. New Jersey, Kaci HICKOX v. Christopher James CHRISTIE, et al., Opinion Kevin McNulty, United States District Judge, September 2, 2016, https://scholar.google.com/scholar_case?case=5388116257633967058&q=hickox+ebola&hl=en&as_sdt=200 6.

[42] Golove, David, "Governors and Mayors, Beware: Lawsuits Opposing Coronavirus Mitigation Orders Are a Real Threath", *JustSecurity*, April 15, 2020, ttps://www.justsecurity.org/69689/governors-and-mayors-beware-lawsuits-opposing-coronavirus-mitigation-orders-are-a-real-threat/.

Así, bajo este encuadre normativo, la Observación General N° 29 (Estados de emergencia) del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha establecido que:

"Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida *estrictamente limitada a las exigencias de la situación*. Este requisito guarda relación con la *duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia*. (…) Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión *son necesarias en razón de las exigencias de la situación*"[81].

Asimismo, la Resolución 1/2020 de la CIDH ha establecido que los Estados deben, *inter alia*: "[a]segurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el *principio de legalidad*, ser *necesarias* en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente *proporcionales* para atender la finalidad legítima de proteger la salud"[82].

Un aspecto adicional que precisa la Observación N° 29 es que "no todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación"[83]; frente a ello, es importante preguntarnos: ¿cuáles son las circunstancias fácticas que pueden llegar a justificar la "restricción" o "suspensión" de algunos derechos fundamentales por parte de los Estados? Dada la generalidad o *no exhaustividad* de las prescripciones que encierran diversas cartas internacionales, la forma y el alcance de una excepción están generalmente abiertos a la "interpretación" unilateral y/o discrecional de los gobiernos nacionales[84].

No obstante, los principios rectores de Siracusa sobre las "Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" pueden ser ilustrativos para abordar los (pre)supuestos precedentes, particularmente durante

[81] Observación General N° 29 del Comité de Derechos Humanos, Estados de emergencia (artículo 4 del PIDCyP), Naciones Unidas, 31 de agosto de 2001, párr. 4, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf.

[45]CIDH, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", Resolución N° 1/2020, 10 de abril de 2020, párr. 60, https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf. Énfasis añadido.

[46] Observación General N° 29 del Comité de Derechos Humanos, Estados de emergencia (artículo 4 del PIDCyP), Naciones Unidas, 31 de agosto de 2001, párr. 4, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf

[47] Emmons, Cassandra, "International Human Rights Law and COVID-19 States of Emergency", *Verfassungsblog*, April 25, 2020, https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency/. Traducción propia.

emergencias de salud pública global. Así, el párrafo 15 de esta declaración señala este respecto que: "[l]a *salud pública* puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave *amenaza* a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Estas medidas deberán estar encaminadas específicamente a *impedir enfermedades* o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados"[85]; tomando en cuenta, además, "las normas sanitarias internacionales de la Organización Mundial de la Salud"[86].

Ahora bien, existen mecanismos legales previstos en los instrumentos internacionales que, sin recurrir a las cláusulas de excepción, pueden limitar –teóricamente– el ejercicio de algunos derechos humanos *ad infinitum*[87]. Por ejemplo, el art. 31.1 de la Carta Social Europea establece la posibilidad de suspender determinados derechos con el fin de garantizar, *inter alia*, la "salud pública"[88]. Similarmente, el art. 22.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) indica que el derecho de reunión "sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para *proteger la salud* o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás"[89].

Aunque es evidente que estas prescripciones normativas buscan, a través de la adopción de medidas intrusivas, salvaguardar la salud en interés del bienestar público, no comportan una *limitación* explícita en el tiempo que, como hemos visto anteriormente, representa una *conditio sine qua non* para la justificación de los estados de excepción en cualquiera de sus variantes (*v.gr.* alarma, emergencia, sitio, etc.). Un escenario de estas características podría derivar, eventualmente, en la legitimación de ciertos abusos de poder por parte de los Estados "más allá de una respuesta personalizada a una crisis de salud"[90] (*v.gr.* Hungría, Filipinas, Brasil, entre otros).

---

[85] Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas/Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 41º Período de sesiones, https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf. Énfasis añadido.

[b.] *Ibíd.*

[c.] Emmons, Cassandra, "International Human Rights Law and COVID-19 States of Emergency", Verfassungsblog, April 25, 2020, https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency/.

[d.] Artículo 31 (Restricciones), parágrafo 1, de la Carta Social Europea, Turín, 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo), https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934.

[e.] Artículo 22 (Derecho de Circulación y de Residencia), parágrafo 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, noviembre de 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

[f.] Ní Aoláin, Fionnuala, Brannen, Kate and Goodman, Ryan, "Assessing Emergency Powers During COVID-19", *JustSecurity*, April 21, 2020, https://www.justsecurity.org/69806/assessing-emergency-powers-during-covid-19/.

Por ejemplo, la administración del presidente Trump ha buscado, en el marco de la crisis sanitaria producto del SARS-CoV-2, "…poderes de emergencia para permitir que los jueces detengan a personas por tiempo indefinido"[91], una medida que no solamente lesiona la garantía judicial del *debido proceso*, sino que, además, carece de razonabilidad y proporcionalidad en relación al objetivo legítimo a precautelar (salud). Como apunta Ahilan Arulanantham, "[c]uando el gobierno recibe un *cheque en blanco*, los que están en el poder están comprensiblemente tentados a manejarlo para sus propios fines políticos, a menudo en detrimento de los miembros *más vulnerables* de la sociedad… incluso si casi todas las decisiones de cumplimiento [para decretar restricciones a las libertades individuales] finalmente se justificaran, la existencia de procedimientos que permiten a las personas expresar sus inquietudes personales a quienes toman decisiones neutrales [tribunales] desempeña un papel importante en la *prevención del abuso*"[92]. A este respecto, en el caso *Hickox v. Christie*, el Juez Kevin McNulty de la Corte Distrital de New Jersey (EE.UU.) indicó:

"[S]in embargo, los tribunales a veces han revocado las órdenes de cuarentena cuando se determinó que eran *arbitrarias e irrazonables* en relación con su objetivo de proteger la salud pública. [Por ejemplo] en *Jew Ho v. Williamson*, 103 F. 10 (C.C.D. Cal.1900), la Corte determinó que sellar una sección completa de San Francisco para evitar la propagación de la peste bubónica era '*irrazonable, injusto y opresivo*'. (…).Tal orden general, declaró la Corte, 'no estaba en armonía con el propósito declarado de prevenir la propagación de la enfermedad'"[93].

Por su parte, en el caso *Martinko et al. v. Whitmer*, el Christopher M. Murray sentenció: "Ciertamente, el estado no puede simplemente ignorar los derechos individuales consagrados en nuestra constitución federal (o estatal) en nombre de una amenaza a la salud pública. La *revisión judicial* de las acciones estatales es, por lo tanto (y bastante obvio) *apropiada y necesaria*"[94]. Bajo un razonamiento análogo, la CteIDH ha señalado en su Opinión Consultiva N° 8/87 lo siguiente:

"La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de *emergencia pública* y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los *abusos* a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente

---

[47] Eviatar, Daphne, "Human Rights Guidelines for the Fight Against COVID-19", *Just Security,* March 27, 2020, https://www.justsecurity.org/69401/human-rights-guidelines-for-the-fight-against-covid-19/.

[48] Arulanantham, Ahilan, "Threats to Democracy Spread with the Virus, We Must Keep Both in Check", *JustSecurity*, April 6, 2020, https://www.justsecurity.org/69538/how-much-liberty-should-we-give-up-the-constitution-and-coronavirus-lockdown-proposals/. Traducción propia. Énfasis añadido.

[49] United States District Court, D. New Jersey, *Kaci HICKOX v. Christopher James CHRISTIE*, et al., Opinion Kevin McNulty, United States District Judge, September 2, 2016, https://scholar.google.com/scholar_case?case=5388116257633967058&q=hickox+ebola&hl=en&as_sdt=200e. Traducción propia. Énfasis añadido.

[3.] Opinion and Order regarding Plaintiffs' April 23, 2020 motion for a Preliminary injunction, Court of Claims, State of Michigan, Case No. 20-00062-MM, Hon. Christopher M. Murray, p. 9, https://www.michigan.gov/documents/ag/20200429_Opinion_and_Order_688921_7.pdf. Traducción propia. Énfasis añadido.

justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 [de la CADH] y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías *no puede desvincularse del* '*ejercicio efectivo de la democracia representativa*' a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA"[95].

Así, para este tribunal, "la suspensión de garantías no debe exceder… la medida de lo *estrictamente necesario* para atender a la emergencia", siendo "*ilegal* toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente"[96]; principalmente si tales acciones "se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o *abuso de poder*"[97].

Por ello, es importante que los foros judiciales (domésticos e internacionales) garanticen –a través de un "monitoreo activo"[98] ininterrumpido–, la estricta armonía que debe existir entre las facultades excepcionales adquiridas por los Estados en situaciones de emergencia (i.e. sanitaria) y el catálogo de derechos fundamentales; un lineamiento que la CteIDH ha confirmado en el caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador* al indicar:

"Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, 'en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación'. Los Estados *no gozan de una discrecionalidad ilimitada* y corresponderá a los *órganos* del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese *control* en forma subsidiaria y complementaria"[99].

Más precisamente, en el *Caso Ireland v. Reino Unido* el TEDH señaló que:

"…los Estados no disfrutan de un poder ilimitado a este respecto. El Tribunal, que, junto con la Comisión, es responsable de garantizar el cumplimiento de los compromisos de los Estados (art. 19), está facultado para decidir si los Estados han ido más allá del 'alcance estrictamente requerido por

---

[51] CteIDH, Opinión Consultiva OC-8/87 solicitada por la CIDH en torno al "Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", 30 de enero de 1987, párr. 20, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Énfasis añadido.

[52] *Ibídem*, párr. 38. Énfasis añadido.

[53] *Ibídem*, párr. 39.

[54] Emmons, Cassandra, "International Human Rights Law and COVID-19 States of Emergency", Verfassungsblog, April 25, 2020, https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency/.

[55] CteIDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 47, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf.

las exigencias' de la crisis (...). El *margen de apreciación nacional* se acompaña así de una *supervisión europea*"[100].

Además, no todos los derechos pueden ser restringidos en situaciones de emergencia pública (art. 4.2 del PIDCyP) ya que, en algunos casos, guardan relación con normas imperativas de Derecho internacional (*ius cogens*). A decir de la Observación General N° 29:

"El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 [del PIDCyP] se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de *norma imperativa* de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7)… Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el *derecho humanitario* o *normas imperativas de derecho internacional*, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia"[101].

Similar resolución ha sido inscrita en el *íncipit* de las "Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción" ("Normas de Turku"), al confirmar que: "cualquier suspensión de las obligaciones relativas a los derechos humanos durante un estado de excepción debe ceñirse estrictamente a los límites previstos en el derecho internacional, que algunos derechos no se pueden suspender nunca y que el *derecho humanitario no admite suspensiones* en razón de una situación excepcional"[102].

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que para garantizar la tutela efectiva de los derechos "inderogables" en situaciones de excepción (artículo 27.2), los Estados no pueden suspender (obligación negativa) las "garantías judiciales indispensables" como el *hábeas corpus* y el *amparo*. Al efecto, la O.C. N° 8-87 de la CteIDH ha señalado que por "indispensables" debe entenderse "aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades… cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud"[103]; y que el "carácter judicial" de tales medios "implica la

---

[100] ECHR, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Judgment, 18 January 1978, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506. Traducción propia. Énfasis añadido.

[101] Observación General N° 29 del Comité de Derechos Humanos, Estados de emergencia (artículo 4 del PIDCyP), Naciones Unidas, 31 de agosto de 2001, párr. 11, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf.

[102] Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, "Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción" ("Normas de Turku"), aprobada el 2 de diciembre de 1990 y revisada posteriormente el 30 de septiembre de 1994, 51º período de sesiones, http://www.derechos.org/nizkor/excep/turku.html.

[57] CteIDH, Opinión Consultiva OC-8/87 solicitada por la CIDH en torno al "Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", 30 de enero de 1987, párr. 29, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Énfasis añadido.

intervención [necesaria] de un *órgano judicial independiente e imparcial*, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción"[104].

En ese mismo sentido, la O.C. N° 9-87 ha manifestado que: "los principios del debido proceso legal *no pueden* suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen *condiciones necesarias* para que los instrumentos procesales… puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del *hábeas corpus y del amparo*… que tienen el carácter de *indispensables* para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión"[105]. No obstante, diversas políticas regionales desplegadas durante la actual crisis sanitaria han demostrado resistencia a estos *considerádums*. Así por ejemplo, en Estados Unidos, el Departamento de Justicia de este país ha solicitado al Congreso nacional aprobar una medida legislativa que "otorgaría a los jueces superiores una amplia autoridad para pausar los procedimientos judiciales durante emergencias"[106], aplicándose a "cualquier estatuto o regla de procedimiento que afecte de otro modo a los procedimientos previos al arresto, posteriores al arresto, previos al juicio, judiciales y posteriores al juicio en los procesos penales y juveniles y todos los procesos y procedimientos civiles"[107]; un solicitud que supondría, a decir de Norman L. Reimer, una "violación directa al recurso constitucional del hábeas corpus"[108].

Aunque es poco probable que este proyecto sea finalmente aprobado por una Cámara baja liderada por el Partido Demócrata, lo cierto es que la irrupción de la pandemia en EE.UU. ha sido instrumentalizada por la administración del presidente Trump como una razón para "impulsar nuevos poderes" (tendientes a la extralimitación) y, en suma, aplicar una serie de restricciones tanto de orden interno como fronterizo (enfatizando, una vez más, la dimensión de seguridad nacional[109]), entre las cuales se encuentra, por ejemplo, el instituto del asilo. A este respecto, el 30 de marzo de marzo de 2020, el gobierno norteamericano anunció su decisión de suspender el "proceso de asilo" en su país a raíz del brote de la Covid-19. Frente a ello, el Congreso norteamericano solicitó

---

[64] *Ibídem*, párr. 30.

[65] CteIDH, Opinión Consultiva OC-9/87 solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay en torno al "Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos", 6 de octubre de 1987, párr. 30, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Énfasis añadido.

[66] Woodruff Swan, Betsy, "DOJ seeks new emergency powers amid coronavirus pandemic", *Politico*, March 21, 2020, https://www.politico.com/news/2020/03/21/doj-coronavirus-emergency-powers-140023.

[67] *Ibíd.*

[68] *Ibíd.*

[69] Malley, Robert and Pomper, Stephen "The Perils of Hyping Pandemic Response as a National Security Issue", *JustSecurity*, May 4, 2020, https://www.justsecurity.org/70001/the-perils-of-hyping-pandemic-response-as-a-national-security-issue/.

una "justificación legal" para conocer las razones que sustentaban dicha medida[110]. En respuesta, el ejecutivo alegó – a través de un "correo electrónico de página y media"[111]– lo siguiente:

"**Obligaciones de Derecho internacional**: Detener el ingreso de personas y artículos que provienen ubicaciones riesgosas por COVID-19 es indispensable para proteger nuestra salud pública y la seguridad nacional de los Estados Unidos. La política de la Administración se ajusta a nuestras obligaciones legales nacionales con respecto a los solicitantes de asilo. En cuanto a nuestras obligaciones internacionales, la Corte Suprema ha señalado que 'ni los Estados Unidos ni ningún otro Estado o municipio tienen ninguna obligación legal de ajustar su conducta a los tratados internacionales que no son auto-ejecutables o de otra manera implementados al derecho interno por una ley del Congreso'... Véase *Medellín v. Texas,* 552 U.S. 491, 504—06 (2008); *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 194 (1888)"[112].

Posteriormente, mediante una carta de 12 de mayo de 2020 dirigida al Secretario del Departamento de Estado, Mike Pompeo, y al Secretario del Departamento de Salud y Servicios Humanos, Alex Azar, el "Comité de jurisdicción sobre las leyes de refugiados, asilo y seguridad nacional" de la Cámara de Representantes observó la "justificación" emplazada por la administración de la Casa Blanca, calificándola de "profundamente defectuosa"[113] al amparo de los siguientes

68 "El dictamen… no proporciona ningún análisis con respecto a las obligaciones internacionales de los Estados Unidos, al afirmar que 'ni los Estados Unidos ni ningún otro Estado o municipio tienen ninguna obligación legal de ajustar su conducta a los tratados internacionales que no son auto-ejecutables o de otra manera implementados al derecho interno por una ley del Congreso'. Incluso si esta afirmación fuese cierta, es irrelevante. Estados Unidos debe adherirse al Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, que el Congreso ratificó e incorporó al derecho doméstico a través de la Ley de Refugiados de 1980".

69 "Varios gobiernos extranjeros han tomado medidas para cumplir con las obligaciones legales internacionales respecto a los refugiados, incluso mientras toman medidas para proteger la salud pública y reducen la propagación de la COVID-19. Por ejemplo, México ha designado el registro de *nuevas solicitudes* de asilo como una *actividad esencial*, y 20 países europeos han exento explícitamente a los solicitantes de asilo de prohibiciones de entrada y cierres de fronteras".

---

[110] Hathaway, Oona, "The Trump Administration's Indefensible Legal Defense of Its Asylum Ban", *JustSecurity*, May 15, 2020, https://www.justsecurity.org/70192/the-trump-administrations-indefensible-legal-defense-of-its-asylum-ban/.

[73] *Ibíd.*

[74] *Ibíd.*

[75] Congress of The United States, Washington DC 20515, Letter submit by Chairman of the House Foreign Affairs Committee Eliot Engel, Chairman of the House Committee on Homeland Security Bennie Thompson, Chairman of the House Committee on the Judiciary Jerrold Nadler, and Senator Robert Menendez, ranking member of the Senate Committee on Foreign Relations, May 12, 2020, https://foreignaffairs.house.gov/_cache/files/0/9/09edea3d-6ec9-4d13-bf16-890da17466da/1481CCA5405564F3519053090EC2B236.5-12-2020.ele-thompson-nadler-menendez-letter-to-pompeo-azar-wolf-on-covid-asylum-ban-pdf.pdf. Traducción propia.

χ. “El dictamen del 24 de abril establece que la prohibición de asilo detiene el ingreso de personas procedentes de ‘ubicaciones riesgosas por COVID-19’. Sin embargo, la propia prohibición se aplica sólo a las personas que buscan ingresar a los Estados Unidos en puntos de entrada terrestres (‘POE’) o entre POE, sin referencia a la prevalencia de COVID-19 en los lugares de origen de esas personas, y no se aplica a las personas que ingresan en aeropuertos o puertos marítimos que podrían provenir de ‘ubicaciones riesgosas por COVID-19’. ¿La decisión de aplicar la Prohibición de asilo sólo a aquellas personas que desean ingresar a los Estados Unidos a través de puntos de entrada terrestres (POE) o entre éstos, fue informada por alguna evidencia científica y médica? Si es así, proporcione copias de dicha evidencia”[114].

De acuerdo con la solicitud remitida por “Comité” de la Cámara al ejecutivo norteamericano, se espera que las observaciones e interrogantes planteadas a lo largo de esta nota sean debidamente atendidas hasta el 22 de mayo del presente año[115].

4. Delimitando algunas conclusiones (pre)liminares

Como hemos podido evidenciar, los esquemas representativos de las naciones democráticas (i.e. congresos, parlamentos, asambleas, etc.) desempeñan un papel fundamental para supervisar el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de prevención, control y diseño de políticas públicas destinadas a garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos en contextos de emergencia pública a partir de un enfoque holístico. Además, es necesario remarcar que el accionar de los Estados debe ajustarse –en todo momento y bajo cualquier circunstancia– a los principios generales de la debida diligencia, legalidad, trasparencia, temporalidad, proporcionalidad (entre otros) y, por supuesto, al principio inmanente para el cumplimiento de sus obligaciones (positivas y negativas) a nivel internacional, a saber, el *pacta sunt servanda*.

No obstante, algunos expertos sostienen que para mitigar los impactos de la emergencia sanitaria actual sobre la población, es necesario “expandir” los poderes extraordinarios que el ejecutivo adquiere temporalmente, soslayando de ese modo los diversos obstáculos jurídico-administrativos que enfrenta un sistema de gobierno federal para la consecución de “acciones rápidas”[116]. En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, el constitucionalista Michael Dorf plantea que frente a las políticas estaduales – inconducentes para la salud– que eventualmente podrían adoptar los gobiernos federales, “la Cláusula de Supremacía de la Constitución otorga al Congreso el poder de *anular* la ley estatal. Un bloqueo nacional sería un ejercicio del poder para regular el comercio extranjero e interestatal, temporalmente deteniendo, con la esperanza inmediata de salvar vidas y, en última instancia, revivir nuestra economía. El Congreso

---

[79] *Ibíd.* Traducción propia. Énfasis añadido.
[80] *Ibíd.*
[81] Dorf, Michael C., “Lock Us Down; Suspend Habeas; Save the Nation”, *Verdict,* March 15, 2020, https://verdict.justia.com/2020/03/15/lock-us-down-suspend-habeas-save-the-nation. Traducción propia.

debería ejercer ese poder, eliminando los obstáculos de la ley estatal para la participación de funcionarios estatales y locales en la aplicación de un bloqueo nacional"[117]. Y más llamativo aun: "El Congreso puede evitar el riesgo de que un juez prohíba un cierre patronal a nivel nacional al *eliminar a los tribunales de la ecuació*n. El Congreso tiene un poder considerable para eliminar la jurisdicción sobre los desafíos constitucionales a sus propias leyes. Además, el Congreso puede suspender el recurso de *hábeas corpus*, que normalmente permite a las personas acudir a los tribunales para impugnar cualquier restricción sustancial a la libertad"[118].

Empero, ¿qué sucede cuando estas decisiones "centralizadas" de una democracia importan medidas contraproducentes a los estándares internacionales de protección y garantía de los derechos humanos? Para Emilio Neder, "un esfuerzo coordinado entre los gobiernos locales, las legislaturas y las autoridades judiciales puede proporcionar una *resistencia* relevante contra los líderes populistas iliberales"[119]. En Alemania, por ejemplo, la "descentralización se funda en la cooperación de los distintos gobiernos federales" y "traslada el peso de las medidas sanitarias a los *länder* [entidades territoriales], que se ponen de acuerdo con el Gobierno federal para pactar las líneas generales de las restricciones y los centros de investigación científica se reparten por todo el país, que cuenta además con una amplia red de hospitales locales"[120].

De hecho, el Estado alemán registra, comparativamente, la tasa de mortalidad más baja de Europa frente a la pandemia del SARS-CoV-2, cuyo esquema de coordinación federal ha permitido adoptar decisiones ajustadas a la diversas características y/o realidades de cada ente federativo, advirtiendo de ese modo que la "pluralidad política en la toma de decisiones, farragosa y compleja a menudo, podría resultar ventajosa frente a los ojos de unos ciudadanos que han visto mermados sus derechos y libertades"[121]. Esto demuestra, en definitiva, la importancia de contar con un sistema de contrapesos que –aún con las dificultades subyacentes– sea capaz de gestionar la compatibilidad y proporcionalidad de las prerrogativas excepcionales asumidas por el Estado en escenarios de emergencia pública, cuyo margen de control evite, o al menos procure evitar, la *vis expansiva* autoritaria que comporta los excesos del poder.

---

[82] *Ibíd.*
[83] *Ibid.* Énfasis añadido.
[84] Neder Meyer, Emilio Peluso and Bustamante, Thomas, "Authoritarianism Without Emergency Powers: Brazil Under COVID-19", *Verfassungsblog*, April 8, 2020, https://verfassungsblog.de/authoritarianism-without-emergency-powers-brazil-under-covid-19/?fbclid=IwAR3PMLlWxjJKvoRpg5HsatH0rf17AKgnu74aitVo7EmM2z6INT11NBvZXHU.
[85] Bassets, Marc y Carbajosa, Ana, "La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés" *El País*, 17 de abril de 2020, https://elpais.com/internacional/2020-04-17/la-pandemia-examina-el-federalismo-aleman-y-el-centralismo-frances.html?fbclid=IwAR2glApzllQwakhFVLaHCbz_HBbzq5cgGZ8ikfm9dF4jjv0faWhg60ijkoc.
[86] *Ibíd.*